

DES DROITS
DES
PORTEURS DE PARTS
DE FONDATEUR
SUR LES
RÉSULTATS SOCIAUX

Thèse pour le Doctorat

Présentée et soutenue

devant la Faculté de Droit de Paris

le 15 Mars 1939 à 14 heures

PAR

André BICHOT

Ancien Élève de l'École Normale Supérieure de l'Enseignement Technique

Professeur de l'Enseignement Technique

Expert Comptable près les Tribunaux

*Commissaire aux comptes près les Sociétés faisant appel à l'Épargne
Publique (Décret du 8 Août 1935)*

MEMBRES DU JURY

Président : Monsieur le Professeur PERCEROU

Suffragants { Monsieur ESCARRA *Professeur*
Monsieur HAMEL *Professeur*

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE D'IMPRIMERIE

5, Avenue du Général-Sarrail, 5

BELFORT

1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES DROITS
DES
PORTEURS DE PARTS
DE FONDATEUR
SUR LES
RÉSULTATS SOCIAUX

Thèse pour le Doctorat

Présentée et soutenue

devant la Faculté de Droit de Paris

le 15 Mars 1939 à 14 heures

PAR

André BICHOT

Ancien Élève de l'École Normale Supérieure de l'Enseignement Technique

Professeur de l'Enseignement Technique

Expert Comptable près les Tribunaux

*Commissaire aux comptes près les Sociétés faisant appel à l'Épargne
Publique (Décret du 8 Août 1935)*

MEMBRES DU JURY

Président : Monsieur le Professeur PERCEROU

Suffragants { Monsieur ESCARRA *Professeur*
Monsieur HAMEL *Professeur*

SOCIÉTÉ GÉNÉRALE D'IMPRIMERIE

5, Avenue du Général-Sarrail, 5

BELFORT

1939



*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses; ces
opinions doivent être considérées comme propres à
leurs auteurs.*

Des Droits
de Porteurs de Parts
de Fondateur
sur les Résultats Sociaux

Introduction

La loi du 23 janvier 1929, qui a fixé le statut des parts de fondateur émises par les sociétés commerciales par actions, n'a pas tranché certaines controverses qui opposent depuis de nombreuses années les auteurs et les tribunaux; en particulier les droits des porteurs de parts sur les résultats sociaux divisent toujours la doctrine et la jurisprudence. La loi du 23 janvier 1929 est extrêmement brève sur cette matière :

« Ces titres (les parts de fondateur) qui sont en
« dehors du capital social ne confèrent pas à leurs
« propriétaires la qualité d'associé. Mais il peut leur
« être attribué à titre de créance éventuelle contre la
« société un droit fixe proportionnel dans les bénéfices
« sociaux. »

On retrouve cette formule dans un grand nombre de pactes sociaux antérieurs et postérieurs à la loi du 23 janvier 1929 et l'examen de nombreuses décisions jurisprudentielles (qui sont du reste contradictoires) prouve qu'il n'existe pas de frontières bien nettes entre les droits des actionnaires et les droits des porteurs de parts; cette imprécision peut donner lieu à de graves conflits, non seulement au moment de la répartition des bénéfices annuels, mais encore et surtout au moment de la dissolution de la société, que cette dissolution intervienne par voie de réalisation

pure et simple ou par voie de fusion avec une autre société.

Nous essaierons de trouver des formules générales qui fixent l'étendue des droits des porteurs de parts, quelles que soient les éventualités sociales qui pourront survenir et nous appliquerons ces formules à quelques cas particuliers qui se sont déjà posés ou qui pourront se poser.

CHAPITRE I

Actif social, Capital social, Boni de Liquidation

Définitions

Dans beaucoup de statuts de sociétés, on rencontre la formule suivante : « Les parts de fondateur ne confèrent aucun droit de propriété sur l'actif social, mais seulement un droit dans le partage des bénéfices. » Que signifie au juste « l'actif social » ? Voilà l'origine de toutes les difficultés. On a le tort de croire que « l'actif social » désigne le « capital social » ; en réalité l'actif social désigne le capital social plus autre chose que nous allons essayer de définir et de préciser.

Certains auteurs ont bien vu la différence juridique entre ces deux expressions. Houpin s'exprime ainsi « *Traité des Sociétés* », tome I, page 553, n° 534 :

« Les parts de fondateur ne peuvent concourir ou « participer au partage de l'actif *représentatif* du « capital social, c'est ce qui les différencie principale-
« ment des actions. »

Des arrêts, en particulier celui de la Cour d'appel

de Besançon en date du 10 juillet 1933 (voir Journal des Sociétés, juin 1935, page 353 — Société de la Brasserie de Besançon c. Boiteux), établissent une distinction bien nette entre « l'actif social » et le « capital social », et, après avoir établi cette distinction fondamentale, reconnaissent néanmoins que faute de précisions nouvelles, le mot « actif social » doit être pris dans le sens de « capital social », comme si les significations juridiques de ces deux expressions n'étaient pas amplement suffisantes pour préciser définitivement l'étendue des droits de ces deux catégories de titres.

Par actif social, il faut entendre :

1°) Le capital social;

2°) les réserves comptabilisées au bilan;

3°) les réserves occultes, c'est-à-dire les réserves qui existent en fait, mais qui n'apparaissent pas au bilan : les amortissements pratiqués par les sociétés qui sont nécessairement très approximatifs peuvent en effet avoir pour résultat de ramener la valeur des immobilisations à un chiffre très inférieur à la réalité; ainsi le matériel, dans certains bilans, est complètement amorti et figure pour mémoire à l'actif, alors que sa valeur d'exploitation et même sa valeur d'échange représentent une somme importante. La valeur des réserves occultes n'est connue qu'en cas de réalisation ou de dissolution; par suite pendant la vie sociale, en l'absence de tout *animus nocendi*, il ne saurait être question pour la masse des porteurs de parts de se porter créancière des réserves occultes.

En somme, les réserves occultes sont l'expression de la plus-value acquise par les moyens d'action de la société représentés par le capital social et les réserves comptabilisées constituées annuellement par l'assemblée générale des actionnaires, en supposant

bien entendu les décisions prises exemptes de toute manœuvre dolosive dirigée contre les porteurs de parts. Cette conception est d'une importance capitale; elle va nous permettre de trancher le problème de la propriété des réserves occultes sans nous préoccuper, pour l'instant du moins, du problème de la propriété des réserves comptabilisées, que nous essaierons de résoudre plus tard.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 7 avril 1933 (voir Journal des Sociétés, année 1934, pages 660 et suivantes, Société Générale des Matières Plastiques, c. consorts Tridon et autres) a longuement retenu notre attention :

« Si le porteur de parts, dit cet arrêt, a un droit de
« créance sur les bénéfices sociaux, ce droit ne s'étend
« au partage du fonds social qu'autant que les statuts
« de la société réservent expressément aux parts bénéficiaires un pourcentage sur le reliquat du capital. »

Cet arrêt s'applique à des parts de fondateur créées antérieurement à la loi du 23 janvier 1929, mais il convient de préciser que le problème reste entier actuellement puisque la loi n'a pas statué sur cette question; remarquons enfin que la décision de Paris est en contradiction formelle avec celle de Besançon dont nous avons déjà parlé (Société de la Brasserie de Besançon c. Boiteux).

La Cour de Cassation n'a pas encore eu l'occasion de statuer quant à présent sur cette question. Un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 14 mai 1930 (Affaire Pech c. Société anonyme, la Soie artificielle d'Izieux — Journal des Sociétés, année 1931, page 280), que nous commenterons longuement par ailleurs n'intéresse pas le problème que nous essayons de résoudre.

Les auteurs sont également très divisés. L'opinion de MM. Lyon-Caen, Renault et Amiaud (*Traité de Droit commercial*, 5^e édition, n° 561) se rattachent aux dispositifs de l'arrêt de Paris :

« Les parts de fondateur, disent ces éminents juristes, constituent des droits exceptionnels; elles ne peuvent voir leurs prérogatives élargies au-delà des seuls avantages qui leur sont formellement concédés par l'acte qui les a créées (statuts ou acte postérieur) et leurs droits doivent être interprétés restrictivement. Il n'est pas possible, en particulier, si l'acte de création des parts ne fait mention que d'une participation sur les bénéfices annuels, de leur accorder la même participation sur le boni de liquidation, lors de la liquidation, quand bien même ce boni procéderait de bénéfices réservés. »

D'autres auteurs (Thaller et Pic, *Traité des Sociétés*, n° 1717 — Rault, *Traité des parts de fondateur*, p. 95 et 96 — Copper-Royer, *Traité des Sociétés Anonymes*, n° 454 — Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, 6^e édition, n° 536), considèrent au contraire que lorsqu'il a été stipulé que les parts de fondateur auront droit à une fraction déterminée des bénéfices de la société, ce droit porte, sauf convention contraire, non seulement sur les bénéfices nets distribués annuellement, mais aussi sur le solde des bénéfices de liquidation, après le remboursement du capital des actions; cela est d'autant plus rationnel, dit Houpin (*Journal des Sociétés* 1934, page 643),

« que le plus souvent les parts de fondateur sont attribuées en représentation totale ou complémentaire d'un apport en nature, que cet apport a contribué à produire des bénéfices qui ont été mis partiellement en réserve, qu'il a pu acquérir une plus-

« value au cours de la société et que ces réserves et
« plus-values sont incorporées aux produits nets de la
« liquidation. Il est donc équitable que les parts de
« fondateur participent à la répartition du boni de
« liquidation avec les actionnaires. »

Nous ne partageons pas l'opinion de MM. Lyon-Caen, Renault et Amiaud adoptée par la Cour d'Appel de Paris; nous sommes aussi bien loin de considérer comme définitifs les arguments de M. Houpin qui semblent avoir déterminé la Cour d'Appel de Besançon à trancher le conflit; comme nous l'avons analysé ci-dessus, le problème, selon nous, a toujours été mal posé, tant au point de vue juridique qu'au point de vue financier.

CRITIQUE DE LA 1^{re} OPINION TOUCHANT LE BONI DE LIQUIDATION

(*Jurisprudence* : Cour d'Appel de Paris. *Doctrine* : MM. Lyon-Caen, Renault et Amiaud).

Considérons le bilan d'une société par actions, se présentant ainsi : (avant dissolution) :

Actif immobilisé	5.000.000	Capital		6.000.000
Actif disponible	3.000.000	Réserves		2.000.000
Actif réalisable	2.000.000	Passif exigible		2.000.000
	10.000.000			10.000.000

Cette société décide de se dissoudre, par voie de *cessation*; l'intégralité de l'actif est *réalisé* pour 13.000.000, par exemple, le passif de 2.000.000 est réglé, de sorte qu'à la fin des opérations de liquidation il reste un actif net de 11.000.000. Comment allons-nous répartir cet actif net entre les différents ayants-droit ?

Il est bien entendu que dans ce chapitre nous n'aborderons pas le problème de la propriété des réserves comptabilisées, tout à fait indépendant, selon nous, de celui qui nous intéresse pour l'instant (propriété des réserves occultes).

En premier lieu, si le capital social n'a pas été amorti, il conviendra d'abord de le rembourser intégralement, car les parts de fondateur n'ont aucun droit sur le capital social de 6.000.000, propriété exclusive des actionnaires.

Quant au reliquat de 5.000.000 (11.000.000 — 6.000.000), peut-on dire qu'il représente le boni de liquidation? Non pas, puisque les réserves comptabilisées au bilan figuraient déjà pour 2 millions; le boni de liquidation, c'est-à-dire l'ensemble des profits résultant de la liquidation proprement dite, ne peut représenter que le bénéfice in globo résultant de la réalisation des réserves occultes de l'entreprise, si nous admettons que les réserves annuelles ont été constituées conformément aux prévisions statutaires sans manœuvres dolosives, sans « animus nocendi » de la part des actionnaires, si nous supposons enfin par hypothèse (pour la facilité de la discussion) que les 2 millions de réserves comptabilisées sont la propriété des actionnaires, nous dirons que le boni de liquidation en l'espèce a été de 3.000.000 (5.0000.000 — 2.0000.000). En vertu de quel texte, en vertu de quelle conception pourrait-on priver les porteurs de parts de leur droit sur ce bénéfice net de 3.000.000 ? Ce bénéfice sans aucun doute est de même nature que celui qui est réalisé annuellement par la société. Il peut provenir d'une plus-value prise par l'actif social représenté au passif du bilan par le capital social et les réserves comptabilisées ou d'une occasion exceptionnelle ; mais n'oublions pas qu'il en est ainsi des bénéfices réalisés an-

nuellement qui ne sont que l'expression comptable de l'ensemble des actes d'administration et des actes de disposition accomplis par les actionnaires sur un patrimoine qui peut très bien leur appartenir uniquement comme c'est le cas dans l'exemple que nous avons pris.

Nous trouvons du reste dans le Code de Procédure civile un argument de plus en faveur de notre thèse (article 541), car l'inventaire, lorsqu'il a reçu l'approbation de l'Assemblée générale, est assimilable à un arrêté de comptes pour les porteurs de parts, et la Cour d'Appel de Paris (3 décembre 1910) a, avec juste raison, décidé qu'une erreur sur l'évaluation des valeurs actives, n'entre pas dans les cas où l'article 541 autorise une action en redressement de comptes. Remarquons enfin que le législateur, depuis le 20 juillet 1934, a taxé à la cédula commerciale les plus-values réalisées en fin d'exploitation sur un poste quelconque de l'actif; on peut donc comparer avec juste raison les droits des porteurs de parts aux droits possédés par l'Etat du fait de ses impôts cédulaires, plus particulièrement du fait de l'impôt cédulaire sur les bénéfices commerciaux.

De cette analogie, on tirera la conclusion que les comptes acceptés par l'Etat pour le calcul des impôts cédulaires seront très généralement opposables aux porteurs de parts. Si donc, les réalisations au moment de la dissolution démontrent que les amortissements pratiqués annuellement ont été exagérés, comment pourrait-on soutenir que les porteurs de parts seraient privés d'un droit sur le boni de liquidation *tel que nous venons de le définir*, puisque ce boni de liquidation n'est en somme que du bénéfice annuel dont la distribution a été soumise tacitement à une condition suspensive, savoir : résultats de la dissolution par rap-

port aux prévisions annuelles qui sont opposables aux porteurs de parts quand il n'y a ni dol, ni animus nocendi.

Ne pourrait-on pas prétendre que l'argumentation précédente est en défaut dans le cas où l'actif net est inférieur au total du capital social et des réserves comptabilisées ? Reprenons notre exemple :

Bilan avant la dissolution

Actif immobilisé	5.000.000	Capital	6.000.000
Actif disponible	3.000.000	Réserves	2.000.000
Actif réalisable	2.000.000	Passif exigible	2.000.000
10.000.000		10.000.000	

Supposons que l'actif, au lieu d'avoir été réalisé 13.000.000, ait été réalisé 9.000.000. Une fois le passif réglé, il restera un actif net de 7.000.000; les actionnaires vont prélever sur cet actif leur capital, soit 6.000.000; il restera donc 1.000.000 de reliquat. Dirait-on que ce million représente le boni de liquidation ? Nous pensons que cette expression est très inexacte. Analysons en effet les choses de très près.

Avant la liquidation, il existait au passif du bilan 2.000.000 de réserves, dont les propriétaires étaient connus (nous étudierons dans le chapitre suivant le problème de la propriété des réserves comptabilisées). La liquidation a eu pour conséquence de faire fondre une partie de ces réserves accumulées au cours de l'exploitation. Comment, dans ces conditions, pourrait-on employer l'expression « boni de liquidation » puisque cette liquidation a détruit en partie ce que l'exploitation sociale avait eu pour conséquence d'accumuler. Evidemment, on peut nous répondre que les amor-

tissements n'avaient pas été exactement pratiqués, que le stock « marchandises » avait été majoré, etc... La réalisation de l'actif a fait apparaître sa majoration; elle a en somme consacré un état de fait antérieur, il n'y a pas eu perte de liquidation au sens absolu du mot. C'est fort possible, mais néanmoins, comme les amortissements sont nécessairement approximatifs, comme l'évaluation du stock marchandise présente ce même caractère et qu'il est matériellement impossible de savoir avant la réalisation la valeur exacte que ces postes expriment, il y a toujours un élément aléatoire, positif ou négatif, que la liquidation seule révélera et que rien ne peut révéler hormis elle; la valeur de réalisation d'un actif industriel est fonction en partie du moment, avec toutes ses contingences économiques et ses aléas, les prévisions les plus sages peuvent se trouver déjouées. Comment alors partagera-t-on ce reliquat de un million, vestige des réserves accumulées par l'exploitation ? Trois hypothèses sont à faire.

1^{re} hypothèse

Les actionnaires étaient seuls propriétaires des 2.000.000 de réserves comptabilisées au bilan avant la liquidation ; dans ce cas, le reliquat de 1.000.000 leur revient exclusivement.

2^e hypothèse

La part des actionnaires dans les 2.000.000 de réserves comptabilisées était de X et celle des porteurs de parts de Y ; on partagera alors 1.000.000 proportionnellement à X et à Y.

3^e hypothèse

Les porteurs de parts étaient seuls propriétaires des 2.000.000 de réserves comptabilisées au bilan avant la liquidation; dans ce cas, le reliquat de 1.000.000 leur revient exclusivement.

Fondement juridique de cette répartition

Dans la première hypothèse, les actionnaires supporteront seuls la perte de liquidation de 1.000.000, la réalisation de l'actif social et le règlement du passif vont réduire de 2.000.000 à 1.000.000 les réserves résultant des prévisions annuelles; ce fait va démontrer que les bénéfices tels qu'ils ont été déterminés annuellement étaient exagérés par rapport aux résultats que la liquidation a donnés, par suite, comme ces bénéfices ont servi de base à la répartition, il sera établi d'une façon indiscutable que les porteurs de parts ont touché certaines années des bénéfices supérieurs à ceux qu'ils auraient dû toucher s'il avait été possible de fixer rigoureusement les dépréciations; l'action en répétition contre eux est-elle possible ? Evidemment non, tout le monde est d'accord actuellement pour reconnaître que l'action en répétition n'est pas possible contre les actionnaires qui, en toute bonne foi, ont touché un dividende fictif résultant d'un inventaire établi en bonne forme approuvé par l'assemblée générale; à plus forte raison si on refuse cette action en répétition aux créanciers sociaux, doit-on la refuser aux actionnaires qui ne font que subir, au moment de la liquidation, les conséquences d'un manque de prévoyance dont ils doivent rester les seules victimes.

Nous étudierons dans un autre chapitre, intitulé « De l'action en dommages et intérêts », le fondement juridique du partage énoncé à la 2^e et à la 3^e hypothèses.

CRITIQUE DE LA 2^e OPINION TOUCHANT LE BONI DE LIQUIDATION

(*Jurisprudence* : Cour d'Appel de Besançon. *Doctrine* : MM. Thaller et Pic, Houpin et Bosvieux, etc).

Comme nous l'avons déjà indiqué, le boni de liquidation est la différence entre l'actif net de liquidation et le total des moyens d'action de la société, représentés par le capital social et les réserves comptabilisées au bilan antérieurement à la liquidation ; nous avons démontré d'autre part que sur ce boni de liquidation les porteurs de parts ont un droit au même titre que sur les bénéfices annuels ; nous leur reconnaissons ce droit indépendamment de celui qu'ils pourront faire valoir sur les réserves annuelles comptabilisées au bilan, car il n'y a aucune corrélation entre les deux ; nous nous sommes déjà expliqué longuement sur cette question.

Or, la Cour de Besançon et les auteurs précités font dépendre le premier du second et donnent ainsi une arme très solide aux partisans de la 1^{re} opinion.

Dans les dispositifs de l'arrêt de Besançon, on trouve cet attendu (10 juillet 1933) :

.....
« qu'enfin les « bénéfices » doivent s'entendre non seulement du bénéfice distribué annuellement, mais aussi des sommes mises en réserve à la fin de chaque exercice et constituant les bénéfices accumulés, que le boni de liquidation n'est en définitive autre chose que le bénéfice net accumulé ou immobilisé, dont les porteurs de parts ne sauraient être dépouillés en dehors d'une disposition formelle des statuts. »

Nous voyons tout de suite la fragilité de cette argumentation. Si on considère le droit au boni de li-

quidation comme conséquence du droit dans les réserves annuelles, si même on va, comme la Cour de Besançon, jusqu'à identifier les deux choses, qu'advierait-il si, dans une société, les réserves annuelles étaient la propriété des actionnaires uniquement ? L'argumentation de MM. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, que nous avons combattue précédemment, prendrait alors toute sa valeur : on élargirait arbitrairement les prérogatives des parts de fondateur et cette extension serait faite en prenant comme assise un droit qui n'existe pas.

La Cour de Cassation a définitivement condamné l'élargissement arbitraire des droits conférés à la part de fondateur qui sont dans leur essence essentiellement « sui générés » (Voir Cour de Cassation. Ch. requêtes 14 mai 1930. Journal des Sociétés 1931, page 280. Pech c. Société anonyme la Soie artificielle d'Izieux).

On retrouve dans les dispositifs de cet arrêt l'attendu suivant :

« Mais attendu que les parts bénéficiaires confèrent à leur propriétaire un droit dont l'étendue et la limite sont déterminées par les statuts. »

Il faudrait bien entendu ajouter maintenant « et par la loi », car le litige en question concernait des parts de fondateur créées antérieurement à la loi du 23 janvier 1929, mais nous savons que les problèmes qui nous occupent ne sont pas influencés par la loi de janvier 1929.

M. Houpin, dans son argumentation (Journal des Sociétés 1934, page 643), qui vise un cas très particulier (celui où les parts de fondateur sont attribuées en représentation totale ou complémentaire d'un apport en nature), n'identifie pas les deux droits, mais il fait

dépendre le droit au boni de liquidation du droit dans les réserves annuelles, alors que pour nous le droit au boni n'est pas autre chose que l'exercice d'un droit sur un ensemble de profits réalisés au moment de la liquidation, profits qui ne sont que l'expression comptable des actes d'administration et des actes de disposition accomplis par les actionnaires sur l'actif social jusqu'au moment précis où disparaîtra l'entité juridique, quels que soient du reste avant la liquidation les droits des actionnaires et des porteurs de parts de fondateur sur l'actif social : le statut juridique des parts de fondateur est fixé par la loi et par les statuts ; il est indépendant des causes d'attribution ; outre l'argument décisif que nous venons d'opposer à M. Houpin, il convient de remarquer que ce savant auteur explique un des droits des porteurs de parts par une cause particulière d'attribution, quid pour « les causes d'attribution » autres que les apports (démarches, services, etc...) ?

CHAPITRE II

Le Compte Pertes et Profits annuel et les Réserves comptabilisées

Généralités

Nous allons étudier dans ce chapitre le problème de la propriété des réserves comptabilisées, c'est-à-dire des réserves qui sont décidées par l'assemblée générale des actionnaires au moment où celle-ci délibère sur les comptes de l'exercice clos; nous supposerons bien entendu un compte de pertes et profits sincère et exact, c'est-à-dire traduisant autant que faire se peut le résultat net du dernier exercice social. Il existe toujours dans un compte de pertes et profits des facteurs qui sont fixés plus ou moins arbitrairement, ainsi l'amortissement des immobilisations est sensé représenter la dépréciation subie dans le courant de l'exercice par les valeurs immobilisées figurant à l'actif du bilan. Il est très difficile d'évaluer exactement cette dépréciation; l'administration des contributions directes a bien fixé des taux pour les amortissements :

Immeubles industriels	5 %
Matériel	10 %
Camions	25 %
Voitures légères	20 %
Mobilier	10 %

Mais la valeur de l'actif immobilisé n'est connue qu'au moment de sa réalisation; par suite, jusqu'à cette date, on est obligé de procéder par voie d'appréciations et toute appréciation qui ne se traduit pas par une formule algébrique est toujours susceptible de discussion, d'où une première difficulté : au cas où les porteurs de parts discuteraient le montant des dépréciations décidées par l'assemblée générale des actionnaires, comment régler le conflit ?

Il est bien évident que les porteurs de parts ne sont pas fondés à intenter une action en nullité contre les décisions prises par l'assemblée générale; tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de demander la révision des amortissements; une expertise sera ordonnée par le Tribunal et on appréciera si le montant de la dépréciation effectuée correspond à la dépréciation réelle, c'est là une question de faits qui ne soulève aucune difficulté juridique, car il s'agit de statuer *non pas sur une affectation* de bénéfice, mais sur l'importance d'un facteur qui entre indiscutablement en jeu dans la détermination du bénéfice net. Il faut bien se garder de confondre une réserve, un amortissement et une provision : la réserve représente du bénéfice affecté et cette affectation soulève un problème de droit; l'amortissement et la provision représentent des charges dont l'évaluation seule peut être discutée. Du bénéfice non distribué pour faire face à une acquisition de matériel nouveau représente une réserve; la société ne s'enrichit pas en faisant cette acquisition, elle ne s'appauvrit pas non plus, elle ne fait qu'échanger des valeurs. Nous examinerons ultérieurement les droits des porteurs de parts sur cette réserve qui, antérieurement à l'acquisition, existait sous une forme liquide et réalisable, et qui ensuite existera sous une forme immobilisée. Au contraire, une société qui englobe dans le

calcul des charges annuelles certains frais imputables à l'exercice clos mais non encore comptabilisés ou non encore payés, fait une provision et non une réserve : elle constate une perte et non une affectation de bénéfice.

L'amortissement représente du bénéfice qui n'est pas distribué dans le but de faire face à une dépréciation de l'actif et de maintenir son intégrité, alors que la constitution des réserves va augmenter les moyens d'action de la société, (car antérieurement toutes les charges sociales ont été couvertes) : la non-appropriation individuelle par les ayants-droit au bénéfice net est la cause finale de l'enrichissement, mais non la cause efficiente, car l'enrichissement préexiste à l'affectation; c'est le renoncement par les différents ayants-droit à un enrichissement de leurs patrimoines personnels qui subsidiairement augmentera le patrimoine social.

Existe-t-il, en dehors des amortissements, des provisions et des frais généraux courants, des charges sociales qui peuvent être contestées dans leurs principes par les porteurs de parts ? C'est ce que nous allons examiner maintenant. Nous étudierons successivement l'intérêt alloué au capital social et l'intérêt alloué aux réserves.

Il est bien évident que si les statuts prévoient un intérêt au capital social, cet intérêt doit venir en déduction du bénéfice net à répartir entre les différents ayants-droit (actionnaires et porteurs de parts de fondateur); cela est la conséquence de la théorie du « lien contractuel » unanimement admise. Mais si les statuts sont muets sur cette question, l'assemblée générale peut-elle « proprio motus » allouer un intérêt au capital social et opposer cette décision aux porteurs de parts de fondateur ? D'après nous, non sans aucun

doute; le capital social, bien que figurant au passif du bilan, n'est pas une dette sociale, c'est pour la société, personne morale, un moyen d'action générateur de bénéfices sociaux à répartir entre les différents ayants-droit d'après les conventions statutaires; sous peine de renoncer à la théorie du lien contractuel, il est impossible de considérer ces intérêts comme une charge sociale. Nous sommes ici en parfait accord avec tous les auteurs qui ont étudié cette question (Houpin, *Traité des Sociétés*, tome I, n° 535, Thaller et Pic, n° 1715, Lyon-Caen et Renault, n° 552).

Mais où le problème se complique singulièrement, c'est lorsqu'il s'agit de l'intérêt des réserves. Aucun auteur, à notre connaissance, n'a envisagé cette question. Nous ne trouvons, d'autre part, aucune décision.

M. Jacques Copper-Royer, dans son ouvrage sur le régime des parts bénéficiaires (pages 164, 165 et 166), considère comme un fait acquis « l'absence de productivité d'intérêts des réserves ». Or, en droit, pour qu'un problème se pose, il suffit d'une manifestation unilatérale de volonté, et pour notre compte, nous avons déjà rencontré ce cas dans une société anonyme très importante. Il doit, du reste, se présenter assez fréquemment.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour reconnaître « que les avances des associés à la société sont comme celles de la société aux associés productives d'intérêts, non du jour de la demande, mais du jour où ces avances ont eu lieu » (Cassation, Civ. 26 mars 1901, Baudry-Lacantinerie et Wahl 215). C'est là une conséquence de l'article 1846 du Code Civil.

Ne pourrait-on pas voir dans les réserves prélevées sur la part des bénéfices revenant aux actionnaires une sorte de prêt fait par ceux-ci à la société ? Ce prêt ne pourrait-il pas, par la volonté commune du débi-

teur (la société) et des créanciers (les actionnaires qui manifestent cette volonté par leur approbation des comptes de l'exercice) comporter un intérêt ?

Deux arguments décisifs s'opposent à cette conception :

1°) La constitution des réserves est un acte qui relève uniquement de l'assemblée générale des actionnaires; l'actionnaire, quand il vote la constitution des réserves, n'exerce pas un droit individuel reposant sur un intérêt privé, mais un droit social qui intéresse la collectivité des actionnaires. L'exercice de ce droit est réglementé par la loi. Par suite, on ne saurait appliquer à l'exercice d'un droit social l'article 1846 du Code Civil qui sert de fondement à l'exercice d'un droit individuel.

2°) La constitution des réserves même intégralement prélevées sur la part des bénéfices revenant aux actionnaires ne peut donc juridiquement s'analyser en un contrat de prêt formé entre la collectivité des actionnaires et la société, mais en un acte d'administration du patrimoine collectif; les résultats de cette administration, de laquelle les porteurs de parts sont exclus, ne peuvent être répartis que conformément aux prévisions statutaires (théorie du lien contractuel unanimement admise); par suite, aucune base juridique autre que ces prévisions ne saurait justifier l'intérêt alloué aux réserves.

Donc pas plus l'intérêt du capital social que l'intérêt des réserves ne doivent venir en déduction du bénéfice à répartir entre les différents ayants-droit à moins d'une prévision statutaire formelle.

Existe-t-il des profits propriété exclusive des actionnaires en dehors de toute prévision statutaire ?

La question s'est posée pour les primes d'émission sur actions.

Par arrêt du 8 janvier 1935 (Gazette du Palais 1935-1.367), la Cour de Cassation a jugé que :

« sauf dispositions contraires du pacte social, les
« parts de fondateur confèrent seulement des droits
« aux bénéfices sociaux et non aux autres éléments
« de l'actif social; que les primes d'émission, apports
« supplémentaires exigés en vue d'assurer l'égalité
« entre les actions anciennes et les nouvelles, ne pré-
« sentent pas, bien que faisant partie de l'actif social,
« les caractères d'un bénéfice réalisé par la Société. »

Ce motif est également celui qui a été invoqué dans la même circonstance par le Tribunal de Commerce de la Seine (28 août 1928, Journal des Sociétés 1929, p. 111) et par la Cour de Paris (24 février 1931, Journal des Sociétés 1931, page 222).

Mais il faut remarquer qu'à cet égard, la Cour de Cassation s'est mise en contradiction avec les nombreux arrêts dans lesquels elle a décidé que la distribution de la prime au moins aux porteurs des parts de fondateur ou aux porteurs des actions émises antérieurement à celles dont les souscripteurs ont versé la prime, est passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, notamment un arrêt du 21 janvier 1920 (Dalloz 1923-1207) rendu comme celui du 8 janvier par la Chambre des Requêtes, a jugé que l'emploi de la réserve de la prime d'émission au rachat des parts de fondateur est assujetti à cet impôt, parce que

« les primes sont venues accroître non le capital so-
« cial, mais la valeur du fonds social; que cet excé-
« dent étant attribué aux porteurs de parts pour ra-
« cheter leurs droits, ce rachat constituait bien une

« distribution de produits ou bénéfices réalisés par la société. » (1).

Notons qu'avant la loi de finances du 31 décembre 1936 (article 50), il fallait, pour qu'une distribution soit passible de l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières, qu'il y ait corrélation entre l'enrichissement du bénéficiaire et celui de la société, par suite l'opposition entre les arrêts de la Cour Suprême ne peut logiquement s'expliquer; en réalité, la question a toujours été mal posée. C'est uniquement en vertu de l'action de « in rem verso » que les porteurs de parts doivent être exclus de tout droit sur les primes d'émission et cela quel que soit le caractère attribué à la prime d'émission (apport ou bénéfice). Une augmentation de capital aura toujours en effet pour conséquence de diminuer les droits des anciens actionnaires sur les résultats sociaux (réserves actuelles et bénéfices futurs). Par contre la fraction des bénéfices revenant aux porteurs de parts reste immuable, la prime d'émission est créée pour dédommager autant que faire se peut les anciens actionnaires de leur appauvrissement. Faire participer les porteurs de parts à la prime d'émission (sans disposition statutaire formelle) serait enrichir sans cause leur patrimoine au dépens de celui des anciens actionnaires qui s'appauvriraient ainsi irrémédiablement et définitivement.

En dehors des primes d'émission, nous ne voyons aucun produit du patrimoine social ni aucun fruit de l'exploitation du fonds qui ne reste en fin d'année la propriété exclusive des actionnaires, à moins de dispositions statutaires formelles, qu'il n'est pas d'usage,

(1) Voir aussi les arrêts de la même Chambre des 13 février 1929).

(Dalloz, hebdomadaire 1929, p. 145 ; 3 mars 1930. Dalloz 1930

du reste, d'insérer. Le législateur, au point de vue fiscal, a renoncé depuis plusieurs années (décret du 20 juillet 1934) à cette distinction arbitraire entre les revenus commerciaux et les gains en capital; au point de vue civil, la question ne s'est jamais posée et ne peut pas se poser.

La masse à répartir entre les deux catégories de titres sera donc égale à la différence entre :

1°) Le bénéfice brut résultat de l'objet social augmenté des profits exceptionnels (intérêts créditeurs, plus-value réalisée sur vente d'immobilisations, de titres, etc...)

2°) les charges de toutes natures inhérentes à l'exploitation sociale, mais dans ces charges on ne devra comprendre, à moins de dispositions statutaires formelles, ni les intérêts du capital, ni les intérêts des réserves comptabilisées, quels qu'en soient du reste les ayants-droit.

La masse à répartir étant ainsi déterminée, comment fixer l'étendue des droits de chaque catégorie de titres ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

La loi du 23 janvier 1929 n'a rien apporté de nouveau sur ce point; son article 1^{er} s'exprime ainsi :

« Il peut exister dans une même société différentes
« catégories de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires, pourvues de droits inégaux. Chaque catégorie forme une masse distincte. Les droits des propriétaires de parts sont déterminés dans les statuts
« de la société par actions ou dans la délibération ultérieure de son assemblée générale portant création
« des parts. »

C'est la consécration législative de la théorie jurisprudentielle du lien contractuel énoncée plusieurs fois

par la Cour de Cassation (Voir notamment Cassation 8 décembre 1902-1904 1.449, Journal des Sociétés 1903, 295 et 3 juin 1924, S. 1926, 1.49, Journal des Sociétés, 1925, 14).

Une grave lacune existe dans la loi : Au cas où les porteurs de parts s'estimeraient lésés à la suite d'une décision prise par l'assemblée générale ordinaire annuelle, aucun délai ne leur est imparti pour intenter une action. Nous verrons par la suite (chapitre III) qu'il n'en est pas ainsi en cas de fusion ou de dissolution anticipée, où un délai de 6 mois a été fixé par l'article 10, à dater de l'assemblée générale des actionnaires prononçant la dissolution anticipée. Evidemment, en l'absence de loi particulière, un délai est toujours fixé par le Code, et nous pensons que c'est la prescription trentenaire qui doit jouer. Il est facile de prévoir les inconvénients qui peuvent résulter de cette longue prescription d'autant plus inadmissible que l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929 a minutieusement fixé les conditions d'exercice des droits contractuellement détenus par les porteurs de parts :

« L'assemblée générale des porteurs de parts peut
« nommer un ou plusieurs représentants de la masse
« des parts et elle fixe leurs pouvoirs. Elle notifie les
« nominations à la société.

« Les représentants des porteurs de parts ne peuvent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales.

« Ils ont le droit d'assister aux assemblées générales des actionnaires (mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations). Ils ont droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques. Ils peuvent se faire délivrer copie des procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires. »

Ainsi s'exprime l'article 11 de la loi. Le rôle de ces observateurs consiste donc essentiellement à examiner si les prévisions statutaires ont été respectées par l'assemblée générale des actionnaires. Dans beaucoup de sociétés où il existe des parts de fondateur, l'article qui fixe la répartition des bénéfices est mal rédigé. Il pèche souvent par l'imprécision, la jurisprudence et les auteurs ont donc essayé d'établir un critérium pour fixer la répartition des bénéfices nets annuels en l'absence de dispositions particulièrement nettes.

Nous avons montré au chapitre I le conflit qui sépare toujours les tribunaux quant au boni de liquidation; ce conflit, selon nous, n'a pas de raison d'être; il serait facile de réaliser l'unanimité sur ce point en posant nettement le problème et en remontant à l'essence même des droits; au contraire, nous verrons ici qu'une loi devrait intervenir sur un point au moins, pour définir les droits respectifs des deux catégories de titres, à défaut de dispositions statutaires formelles.

Pour bien préciser notre pensée et montrer l'importance de cette question, nous allons raisonner sur quelques exemples.

Dans les statuts d'une société locale, où il existe des parts de fondateur, l'article des statuts qui fixe la répartition des bénéfices nets annuels est ainsi rédigé :

« Les produits de la société constatés par l'inventaire annuel, déduction faite des frais généraux et charges sociales, de tous amortissements, de toutes provisions pour risques commerciaux, notamment pour créances douteuses, constituent les bénéfices.

« Sur les bénéfices il sera prélevé :

« 1°) 20 % pour constituer le fonds de réserve légale;

« 2°) sur l'excédent, il est prélevé la somme néces-
« saire pour servir aux actions un intérêt de 5 %
« des sommes dont elles sont libérées, sans que, en
« cas d'insuffisance des bénéfices d'un exercice, les
« actionnaires puissent le réclamer sur les bénéfices
« des années subséquentes;

« 3°) le solde sera réparti ainsi :

« 50 % à la disposition des actionnaires;

« 50 % aux parts de fondateur.

« Sur la part des bénéfices revenant aux actionnai-
« res, il sera constitué chaque année une réserve pour
« racheter les parts de fondateur désignées par le
« sort.

« Si après prélèvement de cette réserve, il reste un
« solde disponible, l'assemblée générale des actionnai-
« res en déterminera l'emploi. Les parts de fondateur
« seront exclues de tout droit sur les réserves occul-
« tes, elles n'auront d'autre part aucun droit sur le
« boni de liquidation qui pourrait être réalisé au mo-
« ment de la dissolution de la société. »

Remarque

Les modalités de rachat sont fixées par un autre article que nous jugeons inutile de reproduire.

Si dans tous les statuts de société une telle précision était apportée, il n'y aurait pas de discussion possible, malheureusement, il est très rare de constater des rédactions aussi précises que celle-ci.

Quelles que soient néanmoins les imprécisions statutaires, il est possible, en s'inspirant de certains principes, de répartir le bénéfice équitablement et juridiquement. Sur un point seul, que nous examinerons longuement, l'hésitation est permise, et il serait souhaitable que le législateur apporte des précisions. Nous allons essayer de dégager ces principes directeurs.

PRINCIPE I

Le bénéfice net ou son affectation est la propriété des actionnaires partout où les statuts n'ont rien prévu en faveur des porteurs de parts.

Ainsi, supposons que le bénéfice soit réparti de la façon suivante :

- 5 % à la réserve légale;
- 40 % aux parts de fondateur;
- 55 % aux actionnaires.

Il est bien évident que la réserve légale reste la propriété des actionnaires et que les porteurs de parts n'auront jamais de droits à faire valoir sur cette réserve, soit en cours d'exploitation, soit au moment de la dissolution. C'est la conséquence de la théorie du lien contractuel consacrée par la loi du 23 janvier 1929 (article 1^{er}).

Il en sera ainsi, quel que soit le mode de répartition du bénéfice net, car la réserve légale doit être calculée avant toute répartition; seule une clause formelle des statuts pourrait conférer aux porteurs de parts un droit sur la réserve légale, clause que nous n'avons, pour notre compte, jamais rencontrée.

D'ailleurs l'obligation de constituer une réserve légale, qui incombe à toutes les sociétés françaises où il n'existe pas d'associés personnellement, indéfiniment et solidairement responsables, a été imposée par le législateur aussi bien dans l'intérêt des créanciers que dans l'intérêt des actionnaires pour assurer, autant que faire se peut, l'intégrité du capital social; c'est un élément de crédit pour la société, au même titre que le capital social, et qui doit, comme celui-ci, revenir aux apporteurs quand tout le passif a été réglé.

Pour les mêmes motifs, la réserve légale imposée

aux sociétés d'assurances et de capitalisation reste la propriété exclusive des actionnaires en l'absence de prévisions particulières.

PRINCIPE II

Les réserves comptabilisées au bilan ne sont la propriété des porteurs de parts qu'autant qu'elles ont été constituées sur la part des bénéfices leur revenant.

Pour que ces réserves puissent être constituées, il faut l'approbation de la masse des porteurs de parts délibérant aux conditions de quorum et de majorité fixées par la loi du 23 janvier 1929, à moins qu'il s'agisse de parts créées antérieurement à cette loi et déjà soumises à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société émettrice.

L'article 7 de la loi du 23 janvier 1929 n'a pas spécialement habilité l'assemblée des porteurs de parts pour la mise en réserves des bénéfices acquis en fin d'exercice, mais cela va de soi, car l'énumération des pouvoirs de l'assemblée est énonciative et non limitative. La constitution des réserves soulève un intérêt commun et nécessite l'approbation de la masse des porteurs, comme toute autre modification dans les régimes des parts; les décisions prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour tous, même pour les absents, dissidents et incapables.

Donc, quand il s'agira de statuer sur l'affectation à donner à une fraction bien déterminée du bénéfice annuel revenant aux porteurs de parts, le concours de la masse des porteurs de parts sera nécessaire.

Mais bien souvent, sur le montant du bénéfice net annuel à répartir entre les actionnaires et les porteurs

de parts, les statuts ne prévoient pas la constitution de réserves, une assemblée générale extraordinaire pour combler cette lacune modifiera l'article de répartition et donnera à l'assemblée générale annuelle la possibilité de constituer des réserves sur la masse du bénéfice net annuel à répartir entre les deux catégories de titres, de sorte que ces réserves sont instituées au détriment des actionnaires et des porteurs de parts; comment, dans l'état actuel des textes, régler alors le conflit ? C'est ce que nous allons examiner au paragraphe suivant.

PRINCIPE III

En cas de conflit au sujet des réserves constituées par l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires sur une partie des bénéfices à répartir entre les deux catégories de titres, il n'existe rien dans l'état actuel des textes permettant de régler le conflit; le litige est donc soumis à l'appréciation souveraine des juges du fait qui détermineront si la constitution de ces réserves a été faite par suite d'absolue nécessité et dans un intérêt commun.

Il est souvent très difficile pour un tribunal de déterminer « l'absolue nécessité » et « l'intérêt commun » : cela suppose une étude minutieuse du bilan, une connaissance des besoins techniques de telle industrie et de ses possibilités d'extension, bref, de tout un ensemble de choses débordant le domaine de la science juridique.

Il ne suffit pas qu'un bénéfice soit réalisé, il faut encore que la contexture financière du bilan se prête à sa distribution; il peut être, d'autre part, de l'intérêt supérieur de la société de thésauriser provisoirement

pour accroître ses immobilisations et par suite sa production future.

D'un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 23 janvier 1929 (Journal des sociétés, 1930, page 169, Société l'Express c. Compagnie des Chalets de commodité) il se dégage :

« que dans le silence des statuts, le prélèvement pour
« les réserves ne peut être valablement opéré que sur
« la portion des bénéfices revenant aux seuls action-
« naires; il ne saurait en principe être effectué sur la
« portion des bénéfices à partager entre les porteurs
« de parts. »

Cet arrêt a statué, il est vrai, dans un cas très particulier : Les statuts originaux n'autorisaient pas expressément l'assemblée générale ordinaire des actionnaires à constituer des réserves autres que la réserve légale. Le rachat des parts de fondateur n'était pas prévu. Une assemblée générale extraordinaire des actionnaires avait, par modification aux statuts, conféré à l'assemblée ordinaire le droit de décider le prélèvement sur la portion revenant aux actionnaires et aux porteurs de parts de fondateur dans le solde des bénéfices, des sommes qu'elle jugerait convenables, pour être portées à un fonds de réserve extraordinaire. Cette même assemblée avait également modifié les statuts pour autoriser l'assemblée ordinaire à affecter le fonds de réserve extraordinaire au rachat de la totalité ou d'une partie des parts de fondateur. Ultérieurement l'assemblée générale ordinaire des actionnaires avait, conformément aux statuts modifiés, constitué des réserves extraordinaires par prélèvement sur la portion revenant aux actionnaires et aux porteurs de parts de fondateur dans le solde des bénéfices annuels et décidé le rachat des parts au moyen de ces réserves. Sur les

1.000 parts existantes, 990 furent rachetées avec l'agrément de leurs propriétaires. Le propriétaire des 10 parts de surplus (partie au présent procès) refusa le rachat et protesta contre la décision de l'assemblée extraordinaire autorisant la mise en réserve, non prévue par les statuts primitifs, de la portion des bénéfices allouée aux parts de fondateur.

Il est bien évident que l'on ne peut payer ses dettes qu'avec ses propres deniers; en se servant de la chose d'autrui pour se libérer, on devient son débiteur; la société prétextait que les porteurs de parts retrouveraient à la dissolution de la société, dans le boni de liquidation, ce dont ils avaient été frustrés, argument parfaitement inexistant, car une créance exigible ne peut être reportée qu'avec le consentement du créancier.

Le litige porté devant la Cour d'appel de Douai est trop particulier pour que l'on puisse en dégager un principe directeur. Nous allons en supposer un autre où l'intérêt social est mis en cause.

Supposons que le bénéfice soit réparti ainsi :

- 5 % à la réserve légale;
- 40 % aux parts de fondateur;
- 55 % aux actionnaires.

L'assemblée générale ordinaire annuelle, habilitée comme il convient, décide, avant toute répartition, de mettre en réserve 50 % des bénéfices à répartir.

Cette constitution de réserves est motivée par une double raison :

- 1°) Ne pas nuire à la liquidité du bilan qui deviendrait négative en cas de répartition intégrale du bénéfice.
- 2°) Affecter cette réserve à des acquisitions nou-

velles de matériel que la société estime indispensable à l'amélioration de sa productivité.

Nous supposons que les statuts originaux ne prévoyaient pas la constitution de réserves et qu'une modification statutaire a postérieurement comblé cette lacune (car cela en est une).

Les porteurs de parts sont-ils fondés, dans cette hypothèse (en supposant qu'ils n'aient pas approuvé la modification statutaire) à intenter une action en réparation de préjudice, qui se limiterait, bien entendu, à l'importance des sommes mises en réserve sur leur part de bénéfice ?

Cette question est très difficile à résoudre, car c'est toute la théorie de « l'abus du droit » qu'elle soulève. Les actionnaires, en décidant d'affecter en réserves une partie du bénéfice réalisé, agissent en bon père de famille et sans « animus nocendi » à l'égard des porteurs de parts. Peut-on, dans ces conditions, arguer de la théorie du lien contractuel et reprendre les arguments de la Cour d'appel de Douai, qui peuvent se résumer ainsi :

« Si on veut des économies, que ceux qui les décident en fassent seuls les frais » ?

Nous ne le pensons pas :

1°) Les économies réalisées sur la seule part des bénéfices revenant aux actionnaires pouvaient être insuffisantes;

2°) il y a, en l'espèce, opposition entre les obligations d'une bonne administration et le droit des porteurs de parts, qui présuppose, pour devenir acquis, l'exécution de ces obligations profitables aux deux catégories de titres. Nous voyons ici tout l'intérêt de la distinction établie par M. le Professeur Capitant. « Il peut y avoir abus de droit, écrit ce savant auteur, même quand l'exercice du droit n'est pas inspiré par

l'animus nocendi; il suffit que l'on use de son droit dans un but autre que celui en vue duquel il est donné. » C'est la thèse consacrée par la Chambre des requêtes, et l'exemple ci-dessus montre que dans beaucoup de cas, on doit la retenir.

On pourrait évidemment objecter : « Mais les actionnaires, en constituant des réserves, violent le pacte social, alors que les porteurs de parts, en intentant une action en dommages et intérêts, demandent son application, et rien d'autre ». Cet argument, à notre avis, est sans valeur. Les bénéfices constituent une masse indivise que les actionnaires ont seuls la charge d'administrer; s'il est prouvé que les exigences d'une bonne administration (et les porteurs de parts sont supposés tacitement les avoir acceptées) commandent pour l'instant la thésaurisation, les porteurs ne peuvent rien exiger.

Planiol verrait dans ce conflit une délimitation respective des droits (tome VI n° 576), mais peu importe la terminologie juridique employée, la conclusion reste invariable : les droits doivent rester des intérêts juridiquement protégés, disait Jhering, le grand jurisconsulte allemand, et la protection accordée par le législateur doit cesser là où disparaît la règle morale génératrice du droit qui est sous-entendue dans tous les rapports contractuels.

Nous disions, au début de ce paragraphe « qu'il n'existait rien, dans l'état actuel des textes permettant de régler le conflit »; nous avons essayé de le résoudre en partant de l'une des grandes théories du Droit civil; il serait bon que la loi du 25 janvier 1929 soit précisée sur ce point et que l'on oblige les socié-

tés à motiver minutieusement la résolution portant constitution des réserves extraordinaires. Les commissaires aux comptes et au besoin des experts agréés devraient également donner leur avis; la masse des porteurs de parts serait ensuite appelée à statuer sur cette résolution et à justifier son attitude.

PRINCIPE IV

Les solutions résumées aux principes 1, 2, 3 sont indépendantes du droit que les porteurs de parts ont nécessairement dans le boni de liquidation, à moins d'une stipulation formelle des statuts.

Nous nous sommes longuement expliqué, au chapitre I, sur le sens que nous attachons aux expressions comptables : actif social, capital social, boni de liquidation. D'après nous, le droit des porteurs de parts sur le boni de liquidation (si boni il y a), s'impose sauf stipulation formelle des statuts, mais le boni de liquidation n'est pas, comme on a l'habitude de l'écrire : *ce qui reste de l'actif toutes dettes préalablement payées et le capital libéré et non amorti dûment remboursé*. (Copper-Royer, Régime des parts bénéficiaires, page 110), car des réserves ont été constituées au cours de l'exploitation sociale et nous venons d'indiquer comment on doit procéder pour déterminer la propriété de ces réserves. Il faut donc rectifier ainsi la définition précédente : le boni de liquidation est la différence entre, d'une part, l'actif réalisé, et, d'autre part, le passif exigible, le capital libéré et non amorti et les réserves comptabilisées au bilan. On ne voit donc pas comment ce droit éventuel à un bénéfice que seule la liquidation révélera, et qui est fonction uniquement

des actes qui seront passés à cette époque, pourrait influencer nos conclusions précédentes. Définir le boni de liquidation dans les rapports contractuels entre les actionnaires et les porteurs de parts, comme Copper Royer l'a fait, c'est négliger complètement *le devenir* des droits acquis sur les réserves existant antérieurement à la liquidation et qui ont été constituées soit conformément au pacte social, soit pour des raisons de bonne administration.

On pourrait évidemment nous faire remarquer que si ces réserves ne se retrouvent plus intégralement lors de la liquidation, si en particulier les actionnaires, pour des raisons de bonne administration, n'ont pas distribué aux porteurs de parts ce qui leur revient annuellement (voir Principe III), ceux-ci seraient définitivement lésés. Cette objection n'est pas à retenir :

1°) Il ne s'agit pas de juger une expérience faite (ce qui est toujours facile), mais d'apprécier si les actionnaires se sont inspirés de l'intérêt commun au moment où ils ont pris leur décision.

2°) Il est impossible de fixer les résultats distribuables d'une exploitation sans tenir compte des nécessités que l'on entrevoit, et ces nécessités doivent influencer la répartition faite aux actionnaires et aux porteurs de parts (voir Principe III).

3°) Si la liquidation prouve que les réserves constituées, et par suite les bénéfices accusés ont été surestimés, il est équitable que les porteurs de parts subissent, tout comme les actionnaires, les conséquences de ces imprévisions inévitables, car tous ceux qui ont l'expérience des bilans savent qu'il est absolument impossible d'établir une situation annuelle mathématique. Un bilan est nécessairement quelque chose d'approché.

*Commentaire de l'arrêt de la Cour de Douai
du 23 janvier 1929
(Journal des Sociétés 1930, page 169)*

Cet arrêt a déjà précédemment retenu notre attention : Nous sommes tout à fait d'accord avec cette Cour pour admettre, en pareille circonstance, la prétention des porteurs de parts, car en l'espèce, la réserve avait été constituée non dans un intérêt commun, mais uniquement dans celui des actionnaires.

Nous sommes aussi d'accord avec Copper-Royer lorsqu'il écrit (Le régime des parts bénéficiaires, page 174) :

« La constitution d'un fonds de prévoyance alimenté par des prélèvements sur les bénéfices et destinée à la reconstitution du capital par la création d'actions de jouissance peut être autorisée soit statutairement, au moyen d'une clause explicite, soit par une modification statutaire votée par une assemblée générale extraordinaire.

« En aucun cas, les porteurs de parts ne peuvent faire prononcer la nullité de cette disposition, mais ils peuvent demander que ces prélèvements ne soient effectués que sur la portion des bénéfices propres aux actionnaires, les porteurs de parts n'ayant pas à participer à cette opération dont bénéficient seuls les actionnaires. »

D'une façon générale *« chaque fois que les réserves constituées sur la masse des bénéfices à partager et en dehors des prévisions statutaires ne profiteront qu'aux seuls actionnaires, les porteurs de parts seront fondés à réclamer des dommages et intérêts limités bien entendu à l'importance des sommes indûment mises en réserve. »*

M. P. Cordonnier, dans le commentaire de cet arrêt, approuve le deuxième argument développé par la Cour d'appel de Douai :

« La société appelante, expose-t-il, prétendait que
« si le porteur des parts non rachetées avait subi un
« certain préjudice par le fait que des bénéfices qui
« auraient dû statutairement être répartis aux parts
« avaient été versés à un fonds de réserve, ce sacrifi-
« ce se trouve compensé par la vocation dudit porteur
« de parts au partage de l'actif de liquidation, actif
« dans lequel le plaignant récupérerait les bénéfices
« qui ne lui avaient pas été distribués. La Cour de
« Douai a *très justement réfuté* cette objection en dé-
« veloppant à l'appui de sa décision, le second argu-
« ment suivant. Le droit des parts bénéficiaires au
« boni de liquidation est incertain puisque ce boni est
« hypothétique. Les réserves extraordinaires qui au-
« ront été constituées n'existeront peut-être plus au
« jour de la liquidation, soit qu'elles aient été utili-
« sées sans augmentation corrélative de l'actif social,
« soit qu'elles aient dû servir à combler des pertes.
« Par conséquent, le sacrifice représenté par le défaut
« de distribution, au porteur de parts, de sommes qui
« auraient dû statutairement lui être réparties, n'est
« nullement compensé, pour ce dernier, par le simple
« espoir de retrouver ces sommes incorporées dans
« l'actif, lors de la dissolution (plus ou moins loin-
« taine) de la société. Cet argument est sans réplique
« et, circonstance qui mérite d'être notée, il a paru
« péremptoire à la Cour de Douai, *bien que les parts*
« *bénéficiaires aient, dans le boni de liquidation, un*
« *droit sensiblement supérieur à celui qui leur était*
« *conféré sur les bénéfices annuels.*

A notre avis, ce deuxième argument n'est nullement péremptoire, il est superflu ou plus exactement sans rapport avec la cause :

1°) Si les porteurs de parts avaient droit à 50 % du boni de liquidation, alors que leur pourcentage dans les bénéfices annuels n'était que de 25 %, ce droit ne pouvait s'exercer, comme nous l'avons déjà maintes fois exposé, que sur l'excédent de l'actif réalisé sur le passif exigible, le capital social et les réserves comptabilisées au bilan ; en conséquence, il était fonction, non des réserves constituées en cours d'exploitation, mais du bénéfice qui serait éventuellement réalisé sur les opérations de liquidation proprement dites, compte tenu de la contexture de l'actif et du passif tels qu'ils se présenteraient en comptabilité à cette époque ; par suite, il n'y a aucune relation entre un droit acquis et un droit lié essentiellement à des opérations futures.

2°) Du fait que les actionnaires avaient agi non dans un intérêt commun, mais dans leur propre intérêt, c'est l'acte lui-même qui devait donner lieu à réparation et servir de base à l'action en dommages et intérêts, sans que les conséquences soient prises en considération. Quelle était en effet la conséquence certaine immédiatement prévisible ? Reporter à terme, pour la *même somme*, une créance immédiatement exigible, puisque le pourcentage de 50 % à la liquidation ne doit pas porter sur les réserves comptabilisées dont les propriétaires sont connus, mais uniquement sur le boni de liquidation tel que nous l'avons défini.

CHAPITRE III

La Fusion des Sociétés. L'Action en dommages et intérêts et le Droit au Boni de Liquidation des porteurs de Parts de Fondateur

Recherche du critérium permettant de distinguer le droit aux dommages et intérêts du droit à une part du Boni de Liquidation.

La loi du 23 janvier 1929, dont la critique déborde le cadre de notre sujet, a eu au moins l'avantage de fixer assez nettement le statut des porteurs de parts (article 10) en cas de dissolution de société :

En cas de perte du quart au moins du capital social, après imputation préalable des réserves, le législateur estime que les actionnaires agissent dans la plénitude de leurs droits en arrêtant le cours d'une entreprise qui n'a pas répondu à leurs premières espérances. Les porteurs de parts ne peuvent élever aucune critique à l'encontre d'une décision prise dans de telles conditions. Les actionnaires n'ont commis aucun abus de droit, ils n'ont pas violé l'une quelconque des prévisions contractuelles qui ont pu être dans la pensée

réci-proque et légitime des parties au moment de la formation de la société et de l'accord de volontés qui en a été la base. Il aurait été bon de préciser, dans le premier paragraphe de l'article 10, si on doit faire entrer en ligne de compte les réserves occultes de l'exploitation; cette omission n'a pas du reste une grande importance, car, au cas où les porteurs de parts contesteraient la perte du quart du capital social, le tribunal saisi aurait toujours la possibilité de commettre des experts pour déterminer le montant de la perte exacte après l'examen du bilan et en particulier des amortissements, qui devront être calculés suivant les usages et en prenant comme base le prix de revient et non la valeur de remplacement.

Toute autre est la situation si les actionnaires décident la dissolution anticipée de la société pour des considérations autres qu'une perte du quart au moins du capital social.

« Si (dit la loi), la dissolution anticipée est proposée en dehors du cas de perte ci-dessus prévu par
« suite de fusion ou pour toute autre cause, la proposition de dissolution anticipée sera soumise à une
« assemblée générale des porteurs de parts, réunie
« conformément à l'article 6. Si l'assemblée approuve
« la dissolution, toute action des porteurs de parts est
« éteinte, de ce chef, contre la société. Au cas contraire, la décision de l'assemblée générale des action-
« naires portant dissolution anticipée n'en est pas
« moins valable dans ses effets, mais les porteurs de
« parts conservent, à l'égard de la société, une action
« éventuelle en dommages et intérêts qu'ils ne peuvent
« exercer que collectivement, par l'organe de leurs
« représentants, et qui doit être engagée, sous peine
« de forclusion, dans les 6 mois qui suivront la date

« de l'assemblée générale des actionnaires, pronon-
« çant la dissolution anticipée. »

Cet article 10 doit donc faire abandonner complètement l'opinion de pas mal d'auteurs qui voyaient dans les porteurs de parts de fondateur des créanciers, ce qui avait justifié l'application de l'article 1167 du Code civil en cas de dissolution prononcée dans le but de nuire aux porteurs de parts. Donc la vieille maxime « *Fraus omnia corrumpit* » n'est pas applicable ici : Si la dissolution suivie ou non de fusion avec une autre société a causé un préjudice aux porteurs de parts, si même ce préjudice a été voulu et prémédité, la dissolution « et ses effets » n'en sont pas moins valables ; tout ce que les porteurs de parts peuvent faire, c'est d'intenter contre la société une action en dommages et intérêts.

Nous allons essayer de rechercher le critérium permettant de distinguer « le droit aux dommages et intérêts » du « droit au boni de liquidation ».

Pour nous, « le droit aux dommages et intérêts » est intimement lié à la faute ou au dol, mais la faute des actionnaires peut résulter simplement ici d'un abus de droit, c'est-à-dire d'une dissolution suivie d'une fusion principalement avantageuse pour eux. Donc, pour savoir si les porteurs de parts ont droit à « des dommages et intérêts » et pour pouvoir fixer ensuite leur montant, il faudra d'abord que les juges du fait qui sont souverainement compétents en cette matière examinent le résultat de la dissolution. Si le boni de liquidation tel que nous l'avons précédemment défini est jugé suffisamment important, il ne saurait être question d'allouer aux porteurs de parts des dommages et intérêts.

La Cour d'Appel de Besançon a, dans son arrêt du 10 juillet 1933, très bien distingué le droit aux dom-

mages et intérêts du droit au boni de liquidation, mais en déboutant les porteurs de parts sur ce premier chef, sans connaître exactement le boni de liquidation, elle a commis une véritable pétition de principe.

Nous examinerons ultérieurement les conséquences capitales qui résultent de ce *distinguo*, mais ces conséquences sont tellement importantes qu'il nous paraît indispensable d'établir très minutieusement le fondement juridique de ces deux actions qui se traduiront pratiquement par des résultats financiers bien différents.

Le droit à des dommages et intérêts a pour base l'article 1147 du Code civil; il suppose, comme nous l'avons dit, faute ou dol du débiteur (la société); si les juges du fait estiment que la dissolution et ses effets tombent sous le coup de cet article, il ne s'agira plus de prendre pour base le contrat de fusion pour déterminer la somme revenant aux porteurs de parts, car ce contrat leur est bien opposable en tant qu'il annihile leurs parts, mais il ne leur est pas opposable en tant que pacte générateur de droit.

Un article de M. le professeur Wahl, paru dans le *Journal des Sociétés* (année 1930, page 129 et suivantes), a retenu longuement notre attention :

« L'action en dommages et intérêts est suivant le droit commun subordonnée à la faute et au préjudice. L'exposé des motifs de la proposition Chastenot, portait « que les porteurs de parts ne peuvent s'opposer à la dissolution prononcée sans fraude, conformément à la loi et aux statuts. » L'exposé des motifs disait également : « Il ne peut être question de conférer aux porteurs de parts le droit de s'opposer à une dissolution votée sans fraude. » La dissolution frauduleuse est celle qui est votée dans le but de nuire aux porteurs de parts. Tel serait le cas

« où la société se dissoudrait dans le but de fusion-
« ner avec une autre société très prospère et de faire
« profiter de cette prospérité les actionnaires seuls.
« Par exemple la société qui se dissout a 1 million de
« capital; on lui attribue 1 million d'actions nouvelles
« dans une société dont l'actif est 10 ou 20 fois supé-
« rieur à son capital, de sorte que les actions nouvel-
« les distribuées titre pour titre aux actionnaires de
« la société absorbée enrichissent ceux-ci. La société
« supprime ainsi la participation des porteurs de parts
« à ses *propres réserves*.

« Il est clair que c'est le cas le plus certain où une
« action en dommages et intérêts sera victorieusement
« intentée. Mais il peut se faire que tout en arrivant
« à un pareil résultat, la société n'ait pas agi dans le
« but de frustrer les porteurs de parts; elle a simple-
« ment profité d'un moyen qui lui était offert de reva-
« loriser son actif. Il n'y a pas alors fraude, mais n'y
« a-t-il pas faute ? Il semble que si. Les actionnaires
« ont en somme disposé d'un actif qui était en plus-
« value. Or, une partie de cette plus-value appartient
« aux porteurs de parts; si ces derniers ne peuvent
« s'opposer à la dissolution, ils sont en droit de de-
« mander que sous forme de dommages et intérêts
« *leur part dans le profit de l'opération leur soit attri-
« buée.* »

M. Wahl considère comme dommages et intérêts ce qui reviendrait aux porteurs de parts dans cette fusion. Or, nous ne croyons pas devoir qualifier cette somme ou plus exactement sa représentation de dommages et intérêts, puisqu'elle doit être déterminée par le contrat de fusion; ce qui est dû aux porteurs de parts en l'espèce, c'est une fraction du boni de liquidation. Nous exposerons ultérieurement comment on doit procéder pour fixer ce boni, mais nous tenons, dès maintenant, à faire remarquer que l'on ne sau-

rait considérer comme dommages et intérêts un *droit qui a sa base dans un contrat et qui peut de ce fait être arithmétiquement déterminé.*

L'action en dommages et intérêts est tout autre chose : elle suppose un boni de liquidation inexistant ou insignifiant, les parts de fondateur sont supprimées et leurs détenteurs ne peuvent prétendre à rien. Pour reprendre l'exemple de M. Wahl, supposons que la société qui se dissout à 1 million de capital et des réserves comptabilisées qui figurent au passif du bilan pour 1 million. Ces réserves sont (nous le supposons) la propriété exclusive des actionnaires, mais il existe des réserves occultes considérables, les immobilisations ont été amorties à un rythme très rapide et ont une valeur d'exploitation (voire même une valeur d'échange) bien supérieure à leur valeur comptable. Les actionnaires décident de se « débarrasser » des parts de fondateur avec qui ils doivent compter chaque année au moment du partage du bénéfice; une assemblée générale extraordinaire vote donc la dissolution anticipée puis la fusion avec une autre société, mais un arrangement préalable a permis que la *valeur réelle des actions reçues* de la société absorbante représente approximativement *le capital social et les réserves comptabilisées au bilan*. Les actionnaires font abandon des réserves occultes parce qu'ils espèrent récupérer (et au-delà !) ce sacrifice : en effet dans la nouvelle société, il n'y aura pas de parts de fondateur, la concentration, d'autre part, diminuera les frais généraux et augmentera les bénéfices; bref, après avoir supputé ceci et cela, on pense que tout compte fait, ce que l'on reçoit vaut largement ce que l'on a abandonné : les porteurs de parts feront seuls les frais de l'opération. La fusion ne semble pas avoir enrichi les actionnaires au moment où elle a été faite,

mais ceux-ci espèrent que dans quelques années, elle portera ses fruits. Les porteurs de parts sont parfaitement fondés dans une telle hypothèse à tenter une action en dommages et intérêts, car la fusion n'a pas été faite *dans un intérêt commun*, leurs droits ont été irrémédiablement sacrifiés; on ne pouvait pas en dire autant dans l'exemple cité par M. Wahl, puisque la fusion se soldait par un boni très important.

Comment dans une hypothèse de ce genre et dans d'autres hypothèses semblables va-t-on procéder pour fixer les dommages et intérêts ? Nous allons donner quelques indications, mais nous ne formulerons pas de règles analogues à celles qui figurent au Chapitre II et qui, à notre avis, devraient être impératives : En effet, la Cour suprême, approuvée par la doctrine a, par plusieurs arrêts, décidé que « les juges sur les preuves fournies par le créancier doivent arbitrer dans chaque cas le chiffre des dommages et intérêts en dehors de tout système préétabli (Req. 16 juin 1926 S. 1927 1.221; 7 décembre 1926, S. 1927 1.106; 25 juin 1928, S. 1928. 1.350. — MM. Planiol et Ripert, tome VII, n° 855), MM. Planiol et Ripert ajoutent :

« Leur devoir se borne à apprécier équitablement
« les circonstances de la cause. Leur appréciation est
« souveraine à cet égard et la fixation de l'indemnité
« échappe au contrôle de la Cour de Cassation. La
« Cour vérifie seulement si les règles déterminées par
« la loi ont été observées, c'est-à-dire si le juge a tenu
« compte du double élément de préjudice que l'ar-
« ticle 1149 ordonne de considérer et des deux limi-
« tations qu'y apportent les articles 1150 et 1151. En-
« core la décision doit-elle être supposée conforme à
« ces dispositions et ne sera cassée que s'il résulte du
« dispositif ou des motifs que les juges ont refusé ou
« négligé de s'y soumettre. »

(Voir Req. 29 juin 1926, D.H. 1926. 420 « il suffit
« que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire
« le juge déclare suffisante et satisfactoire la répara-
« tion qu'il accorde. »)

On envisagera donc pour fixer les dommages et intérêts successivement deux hypothèses :

1°) Le débiteur (c'est la société) est exempt de fraude, les juges du fait estiment qu'il n'y a ni mauvaise foi de sa part ni intention de nuire au créancier, c'est ainsi que MM. Colin et Capitant définissent le « dol civil » (tome II, p. 24).

2°) Il y a dol de la part des actionnaires.

Dans la première hypothèse, on prendra parmi les dommages directs résultant de l'inexécution « ceux qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir. »

Dans la seconde hypothèse, on retiendra au contraire la totalité des dommages directs.

M. Houpin, dans un article paru au Journal des Sociétés (année 1934, pages 647 et suivantes), s'exprime ainsi :

« Sur quelle base ceux-ci (c'est-à-dire les juges du
« fait) devront-ils, s'ils reconnaissent qu'elle est due,
« fixer l'indemnité revenant aux porteurs de parts ?
« Il a été décidé qu'il y a lieu de tenir compte des bénéfices présumés des exercices postérieurs à la dissolution, dont la détermination sera faite d'après
« la moyenne des sommes payées aux parts depuis
« la fondation de la société, sauf à opérer une déduction en raison de l'aléa auquel elles échappent pour
« l'avenir (Seine 10 mars 1890, Paris 17 juin 1891,
« Seine 29 mai 1899. Journal des Sociétés 1899. 459).

« Monsieur Wahl (Journal des Sociétés 1897. 216)
« considère qu'il serait peut-être plus juste et plus
« simple de prendre pour base le prix de vente cons-

« tant des parts, d'après le cours de la Bourse si elles
« y sont cotées, dans la période immédiatement an-
« térieure à la dissolution. Un arrêt a fixé les dom-
« mages et intérêts à une somme égale au prix d'ac-
« quisition des parts en principal, augmenté des frais
« et intérêts (Paris 20 juillet 1897, Journal des Socié-
« tés 1899, page 158). D'après une autre décision, les
« porteurs de parts qui n'ont pas approuvé la fusion
« ont droit à des dommages et intérêts, dont le mon-
« tant ne peut être que l'équivalent de la somme à
« fixer par experts qu'ils auraient touchée dans la
« répartition du produit de la *réalisation de l'actif*
« *net* (Seine 13 juin 1927, Journal des Sociétés 1928
« 568). En réalité, aucune règle précise ne saurait
« être posée et c'est aux Tribunaux qu'il appartient
« de fixer le montant des dommages et intérêts, en te-
« nant compte des circonstances de chaque espèce. »

(Arthuys, Traité des Sociétés Commerciales, n° 655, Thaller et Pic n° 1726 ; Lecouturier n° 126, Paris 8 mars 1897, Gazette du Palais 97.1.67, Marseille 4 août 1905, Journal des Sociétés 1907 455).

Que la jurisprudence sur cette question soit des plus diverses, rien d'anormal à cela, puisque comme nous l'avons vu, il est impossible d'établir en matière de responsabilité contractuelle un système pré-établi, mais quand on examine les dispositifs des jugements, quelle incohérence ! Quelle contradiction ! Quelle confusion ! On pourrait reprendre ici la boutade célèbre de Monsieur Thaller comparant les décisions sur l'action individuelle et l'action sociale « au langage que tenaient les hommes au jour de la Tour de Babel ». Nous commenterons ultérieurement quelques jugements, mais au préalable nous allons indiquer le mode d'évaluation des dommages et intérêts le moins mauvais.

Il convient tout d'abord d'envisager plusieurs hypothèses :

1°) la dissolution de la société suivie de fusion a eu lieu sans dol de la part de la société, mais au cours de l'existence sociale, alors qu'il restait encore X années à courir avant l'expiration prévue par les statuts ;

2°) même hypothèse que la précédente, mais avec manœuvres dolosives ;

3°) la dissolution suivie de fusion a eu lieu sans dol de la part de la société, mais à l'expiration prévue par les statuts ;

4°) même hypothèse que la précédente, mais avec manœuvres dolosives.

1^{re} hypothèse

*Dissolution suivie de fusion au cours de l'existence sociale
en l'absence de tout « animus nocendi »*

L'actif social a été réalisé, c'est-à-dire apporté à sa juste valeur, la dissolution et la fusion ont été faites en toute bonne foi. Le Tribunal reconnaît qu'il n'y a pas eu, de la part des actionnaires, intention de nuire en sous-estimant l'actif en leurs profits, mais il reproche à ceux-ci d'avoir fait disparaître le droit que les porteurs de parts avaient sur les bénéfices qui auraient été réalisés si la société s'était dissoute à son terme. Cette fusion ne désavantage pas les actionnaires, leur capital se trouve maintenu, des dividendes futurs sont à espérer, mais par contre, les droits des porteurs de parts sont irrémédiablement sacrifiés. Ce sacrifice serait d'autant plus important si ces réserves avaient été constituées au cours de l'existence sociale *sur la part des bénéfices leur revenant.*

Dans cette hypothèse, nous conseillons d'adopter pour règles celles posées par le Tribunal de la Seine, le 10 mars 1890 et le 29 mai 1899 et par la Cour d'Appel de Paris, le 17 juin 1891. Quand il s'agit de l'estimation d'un dommage futur, il n'y a pas d'autre moyen d'en sortir.

Monsieur Demogue s'exprime ainsi (Code Civil annoté, Livre III, titre III, article 1149, n° 22 bis) :

« L'estimation du dommage futur suit les mêmes règles qu'en matière délictuelle.

« On ne fait pas état de gains exceptionnels, mais on fait la moyenne des exercices antérieurs. La Cour de Cassation en a déduit qu'au cas de violation de l'interdiction de s'établir dans un certain rayon l'acheteur du fonds de commerce pouvait obtenir une indemnité calculée à la fois sur les bénéfices réalisés avec les anciens clients et avec les nouveaux normalement attendus. »

(Lyon 24 mai 1923. — Mon. Lyon 19 nov. 1923. — Bruxelles, 10 déc. 1890 - Jour. Trib, page 201. — Cassation Civ. 17 déc. 1912. — D. 1914. 1.230. — Colmar, 7 mai 1929. - Rev. d'Alsace 1930 p. 438. — Demogue t. 6 n° 269).

2° hypothèse

Dissolution suivie de fusion au cours de l'existence sociale mais avec « animus nocendi »

Les actionnaires sont présumés de bonne foi. Ce sont les porteurs de parts qui doivent faire la preuve du dol, car celui-ci ne se présume pas. Comme il s'agit d'un fait psychologique, il est susceptible d'être établi par présomption.

(Demogue t. 6 n° 278. — Cassation Civ. 21 nov. 1910. — Dalloz 1911-1.208).

Supposons qu'il résulte des éléments de la cause que les actionnaires aient doublement lésé les porteurs de parts :

1°) en sous-estimant l'actif social et par suite en faisant disparaître le boni de liquidation, tel que nous l'avons précédemment défini ;

2°) en les privant de tout droit sur la part du bénéfice qui contractuellement leur revenait jusqu'au terme fixé dans les statuts.

Si cela avait compensé ceci même approximativement, l'action en dommages et intérêts n'aurait pas été justifiée, mais il n'en a rien été. Comment fixer alors les dommages et intérêts ? A notre avis, on doit dans cette hypothèse (comme dans la précédente, du reste) faire table rase du contrat de fusion et déterminer la *valeur d'exploitation du fonds de commerce et des immobilisations productives*. Les dommages et intérêts seront alors égaux à la somme fixée par experts que les porteurs de parts auraient touchée dans la répartition de l'actif net si la fusion s'était faite sur la base de la *valeur d'exploitation*.

La valeur d'exploitation est la moyenne arithmétique entre la valeur de rendement et la valeur de taxation ; quand on veut déterminer la valeur d'une exploitation, on doit tenir compte de deux facteurs :

1°) le rendement financier ;

2°) la capacité de production (valeur de taxation).

Par rendement financier, il faut entendre la rente moyenne annuelle qui sera assurée dans l'avenir au propriétaire de l'exploitation. Pour se faire une idée précise du rendement futur, il y a lieu et il ne reste d'autre moyen que de se baser sur le rendement du passé en le redressant de manière à tenir compte au-

tant que possible, de la situation telle qu'elle se présente pour l'avenir.

Le rendement est d'autre part le bénéfice net ressortant, après déduction, de tous les frais généraux et de tous les intérêts sur les capitaux étrangers, de tous les impôts et de tous les amortissements normaux. La capitalisation du bénéfice ainsi établi donne la valeur de rendement de l'entreprise.

Pour établir cette valeur, deux questions préliminaires se posent : Quelle est la période dont le rendement doit servir de base à la capitalisation et à quel taux cette capitalisation doit-elle être faite ?

Période

Il est utile, en général, de se reporter à plusieurs exercices (trois à cinq) et de capitaliser le rendement moyen de ces exercices. On doit éliminer parmi ces exercices ceux qui ont été influencés par des circonstances exceptionnelles (fluctuations de la monnaie, par exemple).

Taux de capitalisation

Ce taux est fonction du moment. Actuellement (années 1937 et 1938) une entreprise dont le bénéfice prudemment établi, se monte à 7 % du capital, peut distribuer, après déduction de la réserve légale, un dividende de 6,65 %, ce qui donne pour l'actionnaire, un revenu net de 5 %, l'impôt sur le dividende se monte à environ 20 %. Or, une action qui rapporte 5 % net se tient facilement au pair, dans le moment actuel du moins.

Remarque d'ordre général

Pratiquement, la détermination de la valeur de rendement suppose des bénéfices nets aussi exacts que possible.

Il existe des règles de bonne gestion financière que les chefs d'entreprises doivent suivre ; les experts devront donc s'assurer en examinant la comptabilité si ces règles ont été suivies. Nous allons en indiquer quelques-unes.

1°) *Frais d'immobilisation.* — Ces frais (droits de mutation, grosses réparations) doivent être portés au poste immobilisations et non au poste frais généraux, car ils représentent des frais exceptionnels augmentant d'autant le prix de revient des immobilisations, c'est-à-dire la base d'amortissement et non les charges normales de l'entreprise.

2°) *Inventaire des marchandises.* — Thaller (Traité élémentaire n° 202) a dit sur le mode d'évaluation des stocks tout ce qu'il faut :

« S'il y a baisse, on devra porter la valeur au cours
« déprécié ; s'il y a hausse, on ne devra pas faire état
« de cette hausse, car elle peut disparaître avant la
« vente des marchandises, elle ne répond pas à un
« bénéfice acquis. On inscrira à l'inventaire le prix
« de revient seulement. »

3°) *Les amortissements* doivent être pratiqués d'après des taux correspondant à la durée technique et économique probable. Ces taux varient suivant la nature des entreprises.

4°) *Participation aux bénéfices du personnel dirigeant.* — Le personnel dirigeant intéressé aux bénéfices dans une société anonyme comprend en général :

- a) le personnel supérieur (directeurs techniques, directeurs généraux) ;
- b) l'administrateur-délégué ;
- c) le Conseil d'administration.

Tout ce que touche le personnel supérieur doit être considéré comme frais généraux. Quant aux partici-

pations de l'administrateur-délégué et du Conseil d'administration, on ne devra considérer comme charges d'exploitation que ce qui subsistera dans la société absorbante (question de fait sur laquelle il y aurait beaucoup à dire, mais dont le développement ne saurait trouver sa place ici).

Quand on a ainsi déterminé le bénéfice net exact de la société absorbée pendant une certaine période, il est facile d'obtenir le bénéfice moyen pendant cette période, ce bénéfice peut être corrigé le cas échéant, en tenant compte de la charge supplémentaire d'intérêts que l'entreprise aura à supporter s'il est nécessaire de mettre en harmonie ses moyens de production avec son niveau de production (seuls des experts techniques pourront déterminer l'état des moyens de production et voir l'effort qu'il reste à accomplir).

Détermination de la valeur d'exploitation

Nous avons dit que la valeur d'exploitation la plus équitable est la moyenne arithmétique entre la valeur de rendement et la valeur de taxation.

La valeur d'exploitation est facile à déterminer quand on s'est mis d'accord sur « la période » et « le taux de capitalisation » (7 %). Supposons que le bénéfice net moyen annuel réajusté comme nous venons de l'indiquer soit de 2.000.000. Donnons-nous par hypothèse également :

a) le taux moyen d'amortissement annuel pratiqué sur les immobilisations : 6 % ;

b) le montant des moyens d'action de la société (capital + réserves) : 10.000.000.

La valeur de rendement que nous recherchons sera donnée par l'équation suivante :

$$\frac{7 \times X}{100} = \frac{2.000.000}{100} - \frac{6 \times (X - 10.000.000)}{100}$$

$$X = 20.000.000.$$

Cette équation est facile à expliquer : Pour que le capital X à engager par l'acquéreur soit rémunéré à un taux de 7 %, il convient de faire intervenir l'amortissement pratiqué sur la valeur d'acquisition des immobilisations; or, cet amortissement dépasse celui que pratiquait le cédant de :

$$X - 10.000.000.$$

puisque'il faudrait engager X Frs pour acquérir l'ensemble des immobilisations (fonds de commerce et immeubles) et que les moyens d'action (capital + réserves) du cédant étaient de 10.000.000.

Après avoir déterminé la valeur de rendement, des experts techniques détermineront la valeur de taxation, d'après la production moyenne annuelle accusée au cours de la période qui a servi de base à la détermination de la valeur de rendement. Des coefficients sont prévus à cet effet pour chaque nature d'industrie. Ainsi, pour une brasserie, il est d'usage de multiplier la production moyenne annuelle par le prix de vente d'un hectolitre. Mais les experts techniques peuvent toujours réajuster cette valeur de taxation en tenant compte de l'état des immobilisations, de leur imperfection, de la situation des lieux, etc...

Supposons que la valeur de taxation dans l'exemple que nous avons pris soit de 18.000.000.

Pour obtenir la valeur d'exploitation, on prendra la moyenne arithmétique entre les deux sommes précédentes; on aura ainsi la valeur d'exploitation *du fonds de commerce et des immobilisations productives*, soit 19.000.000. A cette somme sera ajouté le fonds de roulement de l'entreprise s'il est positif; par contre,

si le fonds de roulement est négatif, on le déduira. Par fonds de roulement, il faut entendre ici d'une part :

— l'actif disponible et réalisable (espèces, créances, cautionnements, marchandises, titres) ;

et d'autre part :

— le passif exigible, c'est-à-dire le montant total des dettes, bien entendu le capital social n'est pas considéré comme une dette.

Si dans notre exemple l'actif disponible et réalisable s'élève à 2.000.000 et le passif exigible à 1.000.000, le fonds de roulement de l'affaire sera de 1.000.000, par suite *la valeur d'exploitation ressortira à :*

$$19.000.000 + 1.000.000 = 20.000.000$$

Si au contraire l'actif disponible et réalisable était de 1.000.000 et le passif exigible de 2.000.000, le fonds de roulement serait négatif de 1.000.000 et *la valeur d'exploitation ressortirait à :*

$$19.000.000 - 1.000.000 = 18.000.000$$

Supposons que le capital de la société soit de 6.000.000 et les réserves constituées au cours de l'exploitation sociale de 4.000.000 (3.000.000 sur la part des bénéfices revenant aux actionnaires, 1.000.000 sur la part des bénéfices revenant aux porteurs de parts).

Si le droit des porteurs de parts s'élève à 25 % des bénéfices nets annuels, il sera alloué à ceux-ci à titre de dommages et intérêts $1.000.000 + 25 \% \times (20.000.000 - 10.000.000) = 3.500.000$.

Remarque

Nous avons supposé dans l'exemple précédent une dissolution suivie d'une fusion avec apport à une société absorbante de l'universalité active et passive.

*Fondement juridique du calcul des dommages
et intérêts dans la deuxième hypothèse*

Comme nous l'avons déjà exposé, le contrat de fusion n'est pas opposable aux porteurs de parts puisqu'il a été vicié par le dol, il est démontré, ou du moins les juges du fait l'ont considéré comme tel, qu'en votant la fusion, l'assemblée générale des actionnaires n'a recherché qu'un avantage personnel, que cette recherche a été consciente, qu'en particulier, pour arriver à cette fin, les actionnaires n'ont pas hésité à sacrifier complètement les intérêts des porteurs de parts en les privant de tout droit sur les bénéfices à venir sans les dédommager par une part du boni de liquidation que le contrat de fusion aurait fait apparaître si cet abus de droit ou cet « *animus nocendi* » n'avait pas existé.

Comme il est, d'autre part, impossible aux porteurs de parts d'intenter une action en résolution et de ramener les choses en leur état primitif, il ne leur reste plus qu'à demander à titre de dommages et intérêts ce qu'ils auraient touché si la fusion avait été faite « valeur réelle d'exploitation ». De cette façon, ils seront présumés avoir été désintéressés de la perte de tout droit sur les bénéfices futurs; le mode de calcul que nous avons proposé est d'autant plus exact que *l'exploitation continuera*.

Notre thèse est ainsi en parfaite harmonie avec le commentaire doctrinal de l'article 1151 du Code Civil et son interprétation jurisprudentielle.

« Lorsque le débiteur s'est rendu coupable de dol,
« il est tenu d'indemniser le créancier de toute perte
« qu'il a subie et de tout gain dont il a été privé,
« sans qu'il y ait lieu à d'autre limitation que celle
« de l'article 1151 qui exige que les dommages soient

« en tous cas la conséquence directe de l'inexécution
« de l'obligation. Ainsi, la responsabilité du débiteur
« coupable de dol *englobe même les dommages non*
« *prévus, même les dommages imprévisibles.* Sans al-
« ler jusqu'à envisager une responsabilité délictuelle
« dérivant du dol qui viendrait prolonger la respon-
« sabilité contractuelle et comporterait comme telle
« la responsabilité intégrale du dommage, ce qui se-
« rait aboutir à une confusion non voulue par la loi
« des champs légalement distincts des deux respon-
« sabilités, l'on peut expliquer que le débiteur qui
« commet un dol s'évade de la loi contractuelle dont
« il ne doit plus pouvoir se réclamer. Il se met lui-
« même hors du contrat, tandis que s'il a commis une
« simple faute, sa responsabilité est commandée par
« la convention qui doit en déterminer l'étendue,
« seuls, les dommages conventionnels prévisibles en-
« trent en ligne de compte. »

(Colin et Capitant t. 2 n° 105. — Demogue tome 6, n°s 274, 278 et 283 ; Planiol, Ripert et Esmein, t. 12, n° 865).

*Criterion permettant pratiquement de distinguer
la 2^e hypothèse de la 1^{re}*

En fait, il sera bien difficile de distinguer la 1^{re} hypothèse de la seconde, car, pour qu'il y ait dol, il n'est pas nécessaire qu'il y ait tromperie, ni même intention de nuire, il suffit qu'il y ait conscience du dommage, mauvaise foi, *recherche d'un avantage personnel* non prévu au contrat.

(Demogue t. 6 n° 278, Planiol-Ripert et Esmein, t. 2 n° 863 ; Cassation civ. 9 juillet 1913 et 23 décembre 1913 (D 1915-1.35). Req. 2 janvier 1912 (Gaz. Palais 1912-1-276).

Donc, le seul criterium permettant de distinguer la 1^{re} hypothèse de la seconde, c'est la comparaison entre *l'actif net de cession* et *la valeur d'exploitation*. S'il appert que la valeur d'exploitation était bien supérieure à l'actif net de cession, le dol tel qu'il a été défini ci-dessus devra être retenu et les juges du fait devront accorder aux porteurs de parts des dommages et intérêts déterminés par le mode de calcul précédent.

3^e et 4^e hypothèses

Quand la dissolution suivie de la fusion intervient à l'expiration de la société, c'est un non-sens juridique que de parler de dommages et intérêts. De quelle inobservance statutaire peuvent se plaindre en effet les porteurs de parts ?

Ils ont touché au cours de l'existence sociale leur part dans les bénéfices, par suite, ils ne sauraient prétendre comme dans les deux hypothèses précédentes que la fusion supprime sans contre-partie leur droit dans les bénéfices futurs, puisque ces bénéfices futurs seront réalisés au-delà du terme statutaire et par une personne morale qui n'a aucun lien de droit avec eux.

Dans ces deux hypothèses, tout ce que peuvent faire les porteurs de parts, c'est de faire valoir leurs droits dans le boni de liquidation, si boni il y a.

Du boni de liquidation en cas de fusion

Il n'est pas question de fixer d'une manière toujours plus ou moins arbitraire ce qui revient aux porteurs de parts pour réparer l'inobservance contractuelle ou l'abus de droit dont les actionnaires se sont rendus coupables.

Il s'agit tout d'abord de calculer *ce qu'a reçu la société absorbée* en rémunération de son apport.

Il s'agit ensuite de déterminer dans quelle mesure la valeur des remises faites à la société absorbée par la société absorbante constitue un *bénéfice* sujet à répartition entre les deux catégories de porteurs de titres et dans quelle mesure elle doit être exclue de cette répartition.

Nous avons déjà exposé au Chapitre I notre conception du boni de liquidation. Nous avons indiqué au Chapitre II les principes permettant de déterminer les propriétaires des réserves comptabilisées; nous allons dans les pages qui vont suivre, appliquer cette conception et ces principes au cas particulier qui nous intéresse ici. Nous appuierons le tout sur une jurisprudence fiscale très abondante, et nous indiquerons la voie que devra suivre la jurisprudence civile quand les juges du fait seront saisis de la question, ce qui, à notre connaissance, *ne s'est jamais présenté*.

Analyse et commentaires de la jurisprudence fiscale

En matière fiscale, il a été fréquemment jugé que le boni de liquidation est un bénéfice. La loi du 29 juin 1872 ayant soumis à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, les bénéfices réalisés par une société et distribués à des actionnaires et porteurs de parts de fondateur, la jurisprudence a reconnu que le boni de liquidation ainsi distribué est un bénéfice, c'est-à-dire que sous déduction des sommes ou valeurs employées, notamment en cas de fusion, à rembourser les sommes dues aux actionnaires, pour avoir été versées par eux (c'est-à-dire le capital nominal des titres) l'attribution faite à la société absorbée par la société absorbante constitue un bénéfice.

« Attendu qu'aux termes du traité de fusion intervenu entre le Crédit Foncier et la Banque Hypo-

« thécaire, la première de ces deux sociétés, en vertu
« des pouvoirs de la seconde a été chargée de répar-
« tir entre les actionnaires de la Banque Hypothécai-
« re 50.000 actions nouvelles du Crédit Foncier, en
« représentation des apports de ladite banque ; que
« le jugement attaqué constate également que la va-
« leur de ces 50.000 actions *dépassait celle des verse-*
« *ments qui avaient été faits par les actionnaires de*
« *la Banque Hypothécaire à cet établissement.* Atten-
« du que « cet excédent constituait un bénéfice réalisé
« par ladite banque. »

(Cassation 13 mars 1895 S. 1895-1.513). Voir égale-
ment Trib. de la Seine 18 mai 1914, Journal de l'En-
registrement n° 29364. — Répertoire périodique de
l'Enregistrement n° 13580).

Ce système a été implicitement adopté par l'article
25 de la loi du 29 mars 1928, lequel a décidé que dans
le cas de fusion intervenue avant un terme qu'elle a
déterminé (et qui a été prolongé depuis à diverses re-
prises).

« *La perception de l'impôt sur le revenu de valeurs*
« *mobilières...* sur les plus-values résultant de l'attri-
« bution gratuite d'actions, de parts bénéficiaires ou
« d'obligations est reportée à la dissolution de la so-
« ciété absorbante. »

Il résulte de ce texte que la loi a consacré la juris-
prudence d'après laquelle la plus-value résultant de
la réalisation de l'actif est pour la société un bénéfice
dont la distribution est passible de l'impôt. Cette ju-
risprudence est d'autant plus significative qu'avant la
loi du 31 décembre 1936 (article 50) une distribu-
tion n'était taxable qu'autant qu'elle avait le caractère
de bénéfices sociaux.

Comme dans une fusion, la société absorbée reçoit uniquement en échange de son actif des actions de la société absorbante, il est certain que ces actions doivent être estimées non pas à leur capital nominal, mais à leur valeur effective au jour où la fusion a produit son effet.

C'est donc comme le dit l'arrêté précité de la Cour de Cassation du 13 mars 1895 et les autres décisions rendues en matière fiscale la valeur des actions attribuées à la société absorbée telle qu'elle est appréciée par les juges, c'est-à-dire la valeur réelle, qui doit être considérée.

Lorsque les titres sont cotés en bourse, l'idée qui vient naturellement à l'esprit, est que leur valeur réelle est représentée par le cours en Bourse au jour où la fusion est réalisée, c'est l'opinion exprimée par les rares auteurs qui ont étudié cette question (Houpin. *Journal des Sociétés* 1934, p. 653; Cordonnier, *Journal des Sociétés*, 1928, p. 572). Ces auteurs n'en donnent du reste aucun motif. Quant à la jurisprudence commerciale, elle n'a pas eu jusqu'à présent, notamment dans la détermination des droits respectifs des porteurs de parts ou des actionnaires, l'occasion d'examiner la question.

Mais la jurisprudence fiscale s'en est préoccupée très fréquemment, pour rechercher dans quelle mesure l'attribution des actions est un bénéfice.

L'Administration de l'Enregistrement a voulu, pour la perception de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières applicable au boni de liquidation de la société absorbée, estimer les actions de la société absorbante attribuées à la société absorbée, d'après le cours de Bourse des actions de la première.

Le Tribunal de la Seine n'a pas admis ces prétentions. Il a, en effet, jugé (13 juillet 1888 - S. 95.1.313).

« que la valeur des titres attribués ne saurait, eu
« égard aux circonstances de la cause, être détermi-
« née par la cote de la Bourse, que ce mode d'évalua-
« tion ne fournit une base certaine pour le calcul de
« l'impôt que lorsqu'il s'applique à des valeurs sus-
« ceptibles d'être immédiatement réalisées en Bour-
« se; qu'il n'en est pas ainsi lorsqu'il s'agit, comme
« dans l'espèce, de fixer la valeur d'un ensemble de
« titres, qui constitue une véritable émission, et dont
« la mise en vente simultanée apporterait dans les
« cours une perturbation certaine; qu'en pareil cas,
« il convient de recourir à une déclaration estima-
« tive. »

(Trib. de la Seine, 13 juillet 1888. — S. 95-1.313,
Journal de l'Enregistrement, n° 23067).

L'Administration a accepté ce jugement.

Cette idée que si le nombre de titres délivrés à la société absorbée est *considérable*, la valeur de ces titres doit être considérée comme étant inférieure à la cote en Bourse des titres anciens de la société absorbante, résulte encore d'un jugement où le même tribunal s'est, au contraire, attaché au cours de la Bourse dans une espèce où la société absorbée n'avait reçu qu'un petit nombre d'actions :

« Attendu qu'il est évident qu'en votant la fusion
« et en acceptant en échange de leurs droits des ac-
« tions de la société absorbante, les actionnaires de
« la société des immeubles industriels et commer-
« ciaux ont entendu recevoir l'équivalent de ce qu'ils
« abandonnaient; que l'appréciation faite de la plus-
« value résultant pour la Société des immeubles in-
« dustriels et commerciaux de l'échange fait contre
« les actions de la société des Nouvelles Galeries, est
« arbitraire et inexacte; qu'elle manque de base et

« s'appuie uniquement sur le fléchissement possible
« des cours de la Bourse, résultant de la mise en vente
« le même jour de 1276 actions, que ce fléchissement
« est purement hypothétique et rien ne démontre qu'il
« se fût produit, que si le Tribunal de la Seine dans
« un jugement du 13 juillet 1888, qui est aujourd'hui
« invoqué par la Société opposante a pu admettre
« la possibilité d'une baisse et en conséquence refu-
« ser d'accepter comme base d'évaluation les cours de
« la Bourse, c'est qu'il s'agissait de 5.000 actions nou-
« velles (Trib. de la Seine, 13 juillet 1920, Revue de
« l'Enregistrement n° 5207). »

Nous admettons sans réserve ces deux jugements : il est, en effet, indispensable quand on veut évaluer ce que la société absorbée a reçu de faire intervenir « la capacité d'absorption du marché » ; c'est là une question de fait qui varie suivant la nature des titres. Si on prend un titre « à marché très large » comme la Banque de Paris et des Pays-Bas, la Compagnie Générale d'Electricité, par exemple, on est certain de pouvoir réaliser dans un laps de temps très court un grand nombre de titres sans que ces réalisations, si elles sont faites progressivement, influencent sensiblement les cours. Si, au contraire, les titres remis offrent un marché très étroit, il est normal de faire subir aux cours une certaine réduction qui sera déterminée toujours plus ou moins arbitrairement.

Quand donc le même tribunal déclare « qu'il est de *principe* » que si les actions nouvelles ainsi réparties sont cotées, il y a lieu de prendre comme base de leur valeur, pour le calcul de l'actif réparti, le cours officiel de « la Bourse » (jugement du 30 novembre 1928; Semaine Juridique, 1929, p. 230) il entend que ce cours est un élément important, mais il n'exclut pas les autres considérations.

Il est vrai que dans un arrêt du 8 janvier 1889 (S. 90-1-541) la Cour de Cassation appréciant la valeur des titres (dans l'espèce, il s'agissait d'obligations délivrées par la Société absorbante à la Société absorbée pour la rémunération de son actif), s'est appuyée sur le cours de la Bourse, mais en ajoutant que cette « Compagnie (la Compagnie de chemins de fer absorbante) en trouvait la vente tous les jours à ses guichets, pour une somme égale au chiffre de la cote officielle. »

Cet arrêt n'a donc pas cru pouvoir considérer comme fixant à lui seul la valeur des titres, le cours de la Bourse : il a simplement constaté que ce cours répondait à la valeur réelle des titres.

L'Administration elle-même, tout en soutenant conformément aux intérêts du Trésor, qu'en principe « quant à la valeur des Actions, il y a présomption « qu'elle est représentée par le cours de la Bourse, « ajoute, sauf à la partie à prouver que ce cours ne « traduit pas leur valeur réelle soit, à raison de la « majoration des apports, soit par suite de spéculations dont les actions font l'objet ou de tout autre « cause » (solution du 14 mai 1891 ; Répertoire périodique de l'Enregistrement, n° 7762, Journal de l'Enregistrement, n° 23664).

Les cours de Bourse peuvent donc, dans le cas même où les actions ne sont pas créées en grand nombre, uniquement constituer une présomption.

Il faut encore ajouter que toujours en matière fiscale, les Tribunaux ont reconnu que la création d'actions nouvelles peut avoir pour résultat de faire subir à l'ensemble des actions, une dépréciation par rapport aux cours de Bourse « attendu que lorsqu'une « Société distribue à ses membres des actions libérées « au moyen des fonds de réserve, cette distribution

« peut avoir pour résultat de diminuer la valeur des actions. » (Trib. de Marseille, 23 mai 1927, *Revue de l'Enregistrement*, N° 8678. Semaine juridique 1927 p. 1484). Ce jugement a été rendu sur la demande de l'Administration dont il a, à cet égard, consacré la prétention.

Ce n'est pas seulement en matière d'impôt sur le revenu que les tribunaux se méfient des cours de Bourse.

Pour la taxe de transmission, un tribunal a décidé qu'on ne peut attacher une grande importance à ces « variations diverses, souvent assez fortes et brusques » parce que les fluctuations des cours en Bourse sont « dues aux causes les plus diverses, les plus variables, souvent très difficiles à saisir; qu'elles ne constituent donc que de simples indices. » (Trib. de Marseille, 23 mai 1927, *Revue de l'Enregistrement*, n° 8678. Semaine juridique 1927 p. 1484).

Si l'on voit souvent la jurisprudence s'appuyer exclusivement sur les cours de Bourse, c'est soit en vertu de lois spéciales (loi du 23 juin 1857, art. 6), soit quand il s'agit d'un petit nombre de titres, par exemple pour estimer au point de vue de la taxe judiciaire les titres qu'un défendeur est condamné à livrer (Cass. 20 janvier 1883. *Répertoire périodique de l'Enregistrement* N° 6113).

Pour contrôler le cours de la Bourse, ou pour tenir lieu de ce cours, quand les titres ne sont pas cotés, en un mot pour établir la valeur exacte des titres attribués, le procédé le plus sûr, le seul qui puisse donner des résultats sérieux, est l'examen du bilan, sauf à le redresser s'il est dans l'un ou l'autre de ses postes, actifs ou passifs, inexact.

C'est encore en matière fiscale que la question a été tranchée.

« Attendu que seule l'étude des bilans dressés par
« la Société peut fournir une indication sérieuse et
« opposable à la Société, dont ils émanent, sauf na-
« turellement le droit de contrôle que l'Administra-
« tion peut et doit exercer; qu'il convient donc de
« prendre comme contre-valeur de l'action, à un mo-
« ment donné, celle qu'elle aurait réellement, si, à
« ce moment, on partageait tout l'actif entre les ac-
« tionnaires, sans toutefois tenir compte de la dépré-
« ciation que subirait forcément le matériel en cas
« de dépréciation brusque. » (Trib. de Vitry-le-Fran-
çois, 18 février 1909, *Répertoire périodique de l'En-
registrement*, N° 11949; *Journal de l'Enregistrement*
N° 27684). Le Tribunal constate d'ailleurs que l'Ad-
ministration de l'Enregistrement et la Société, qui
plaidait contre elle, étaient d'accord pour admettre
cette base de calcul (voir également en ce sens Trib. de
Lyon, 31 janvier 1928, *Revue de l'Enregistrement*,
N° 8809; Trib. de Toulouse, 13 juillet 1928; *Revue de
l'Enregistrement* N° 8942; Trib. de Lons-le-Saunier,
14 mars 1933, *Revue de l'Enregistrement*, N° 9986).

Evidemment, ce bilan doit subir les corrections ha-
bituelles. Ainsi les frais de premier établissement,
s'ils ne sont pas complètement amortis, ne constituent
qu'un actif fictif et doivent être déduits de l'actif (la
jurisprudence reconnaissant qu'il y a lieu de procé-
der ainsi toutes les fois qu'il faut rechercher la situa-
tion exacte d'une société, (Douai, 3 février 1910, *Jour-
nal des sociétés*, 1910, p. 419).

Si la Société absorbante s'est chargée de payer le
passif de la Société absorbée, ce passif s'ajoute au
sien, pour le calcul de la valeur de ses titres. De mê-
me, les frais de la fusion, s'ils sont à sa charge, doi-
vent être compris dans son passif.

Dans le passif qui doit être déduit, pour le calcul

de la valeur des actions, de l'actif brut du dernier bilan, doivent figurer les émoluments des administrateurs sur l'exercice clos par ce bilan ainsi que les dividendes des administrateurs, car ce sont là des actes de la Société (Trib. de Vitry-le-François, 16 février 1909, précité).

Les amortissements du bilan ne peuvent être admis que s'ils sont égaux aux dépréciations des postes de l'actif (Trib. de Lyon, 31 janvier 1908, *Revue de l'Enregistrement*, N° 8809).

Ce ne sont là, d'ailleurs, que des indications. Tout se résume à dire que la situation, à l'aide du bilan et des faits, doit être établie d'une manière conforme à la réalité.

En somme, nous pensons que seule la formule suivante puisse être adoptée pour déterminer la valeur des actions remises à la Société absorbée :

$$\frac{(\text{Capital} + \text{Réserves comptabilisées} + \text{Réserves occultes}) \times X}{N}$$

N

Dans cette formule, le capital représente la valeur nominale des droits sociaux détenus par la masse des actionnaires après la fusion.

Les réserves comptabilisées dans le bilan de la Société absorbante sont représentées par le total auquel s'élève ce poste après la fusion, et les réserves occultes, par la différence entre la valeur d'estimation des différents postes de l'actif de la Société absorbante après la fusion et leur valeur comptable.

La valeur d'estimation sera faite par des experts techniques; il sera tenu compte des plus-values prises par les terrains ou par les éléments incorporels du fonds de commerce, de la valeur vénale actuelle des immobilisations, des éléments sans valeur qui peuvent

figurer à l'actif, comme les frais restant à amortir par exemple, des pertes probables sur créances non comptabilisées : la différence entre les valeurs d'estimation et les valeurs comptabilisées représentera les réserves occultes. X et N représentent respectivement le nombre d'actions reçues par la Société absorbée et le nombre total des actions de la Société résultant de la fusion.

Que convient-il de déduire de la valeur donnée par la formule précédente pour déterminer le boni de liquidation ? C'est ce que nous allons examiner maintenant.

De cette valeur il conviendra de déduire le capital social et les réserves comptabilisées de la Société absorbée.

Si, comme c'est le cas en général, la fusion a été faite par l'apport à la Société absorbante de l'actif et du passif de la Société absorbée. Nous nous sommes longuement expliqué au chapitre II sur la propriété des réserves comptabilisées qui pourront figurer au bilan de la Société absorbée au moment de la fusion, nous avons formulé des principes qui permettront de résoudre tous les cas susceptibles de se présenter; ces principes, nous le répétons, devraient être impératifs. Notre conception ne s'oppose pas à la jurisprudence antérieure, elle la complète, la précise et permettra tant que la législation actuelle subsistera de résoudre avec facilité les conflits qui pourront s'élever au moment d'une fusion entre les porteurs des deux catégories de titres : c'est ce que nous allons essayer de montrer dans les pages qui vont suivre.

Si les auteurs et la jurisprudence décident justement que le passif intégral, c'est-à-dire les sommes dues aux créanciers par la Société absorbée, doit être déduit des sommes à répartir, c'est parce qu'elle con-

serve la charge de ses dettes qui nécessairement doivent être acquittées avant qu'aucun versement ne soit fait ni aux actionnaires ni aux porteurs de parts de fondateur. (Cass. 20 juin 1917 S. 17.1.33; Journal des Sociétés 1918 204; D. 1917. S. 17.1.33) (Tribunal de Commerce de la Seine, 27 juillet 1892; Revue des Sociétés 1893, p. 40, 24 septembre 1894, S. 96-2-22; Journal des Sociétés 1895 p. 385. Houpin et Bosvieux 1 N° 551; Wahl, les parts de fondateur, N° 20).

Mais il n'y a pas de doute que dans le passif soit également compris le capital social qui doit être remboursé (s'il ne l'a pas été déjà par voie d'amortissement) avant qu'aucune répartition ne soit faite entre les deux catégories de porteurs de titres. C'est ce que l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 juin 1917 a très clairement formulé : « D'après les statuts de la Société... et conformément aux principes généraux, les porteurs de parts n'ayant de droits que sur les bénéfices, ne pouvaient en cas de dissolution de la Société, réclamer une portion quelconque de l'actif qu'après le paiement du passif et le remboursement du capital social. »

Voir également en ce sens le Tribunal de Commerce de la Seine, 13 juin 1927 (Journal des Sociétés 1928 p. 568), Houpin et Bosvieux I N° 551; Houpin, Journal des Sociétés 1934, p. 652; Wahl « Les parts de fondateur » N° 20 et Précis de Droit commercial, N° 956 et 1181.)

La différence entre la valeur réelle des actions attribuées à la Société absorbée et le capital nominal de la même Société ne constitue pas le boni de liquidation susceptible d'être réparti entre les porteurs des deux catégories de titres : Nous avons exposé au chapitre I notre conception du boni de liquidation, il suf-

fira de s'y reporter. C'est précisément maintenant que l'importance de cette conception va apparaître.

Que devrat-on retrancher de cette différence pour obtenir le boni de liquidation susceptible d'être réparti entre les porteurs des deux catégories de titres dans la même proportion, bien entendu, que le bénéfice net annuel ? C'est ce que nous allons examiner au chapitre suivant.

CHAPITRE IV

De l'examen des Réserves comptabilisées au moment de la fusion

Généralités

On suivra dans la comptabilité de la société absorbée depuis sa constitution jusqu'au jour de la fusion, l'origine des réserves figurant au passif du bilan. En s'inspirant des principes exposés au chapitre II il sera facile de déterminer quels sont les propriétaires de ces réserves, mais il faudra se méfier des appellations données aux comptes du passif.

Après avoir déduit des postes de l'actif, les crédits d'amortissement figurant au passif, et réparti le bénéfice réalisé depuis le dernier inventaire jusqu'au jour de la fusion, nous considérerons comme réserves comptabilisées tous les postes du passif autres que le capital nominal non amorti et les comptes exprimant une dette envers les tiers. Mais, nous objectera-t-on, *quid* des réserves occultes de la société absorbée ? En se reportant au chapitre I on verra que cette question ne peut se poser. *Pour nous, en effet, les réserves occultes sont l'expression de la plus-value acquise par les*

moyens d'action de la Société représentés par le capital social et les réserves comptabilisées constituées annuellement par l'Assemblée générale des actionnaires; par suite, si réserves occultes il y a, elles seront représentées par la différence entre la valeur réelle des actions remises à la société absorbée et le total du capital nominal et des réserves comptabilisées. Parler de réserves occultes en dehors de cette différence, c'est faire abstraction du contrat de fusion, c'est confondre l'action en dommages et intérêts et le droit au boni de liquidation, c'est continuer les errements du passé que nous avons relevés maintes et maintes fois dans ce travail qui, nous l'espérons, en marquera le terme.

Pour procéder à l'examen des réserves comptabilisées au bilan au moment de la fusion, il faudra se poser les trois questions suivantes :

1) Quelles sont les réserves qui ont été constituées sur les bénéfices nets annuels et en dehors des prévisions statutaires avant toute répartition entre les porteurs des deux catégories de titres ? A qui appartiennent ces réserves ?

2) Quelles sont les réserves qui ont été constituées conformément aux statuts ou à la loi sur les bénéfices nets annuels ? A qui appartiennent ces réserves ?

3) Quelles sont les réserves qui ont été constituées annuellement sur la part des bénéfices revenant aux porteurs des deux catégories de titres ? A qui appartiennent ces réserves ?

NOTRE REPONSE A LA PREMIERE QUESTION

La meilleure façon de faire saisir notre pensée est de raisonner sur un exemple : Supposons que la clau-

se de répartition du bénéfice net annuel d'une Société de capitaux soit ainsi rédigée :

- 5 % à la réserve légale;
- 35 % aux parts de fondateur;
- 60 % aux actionnaires.

Il n'a pas été prévu de constitution de réserves statutaires, mais au cours de l'existence sociale des réserves ont été constituées après la dotation de la réserve légale, *c'est-à-dire avant de partager le bénéfice net entre les porteurs de parts et les actionnaires*. Nous nous sommes expliqués longuement au chapitre II sur la légalité de ces réserves (Voir nos principes III et IV), nous n'avons pas l'intention de revenir maintenant sur cette question. Nous supposons par hypothèse que les porteurs de parts au cours de l'existence sociale n'ont pas protesté, ils ont compris que les principes d'une *bonne administration, exigent qu'un bénéfice réalisé ne puisse être distribué qu'autant que la trésorerie s'y prête*. Bref, au moment de la fusion, en examinant les réserves comptabilisées au bilan, on constate l'existence de réserves ayant cette origine. Ces réserves peuvent porter différents noms et il est indispensable de pénétrer ici dans la technique comptable.

Notre législation concernant les dividendes fictifs est bien incomplète : *le bénéfice peut être sincère et exact et ne pas être distribuable*; pour qu'un bénéfice soit distribuable, il faudrait selon nous qu'une fois cette distribution effectuée on retrouve dans le bilan l'équation suivante :

Actif disponible + Actif réalisable (créances) >
Passif exigible + Fonds de roulement + Crédits d'amortissement.

Bien entendu dans cette équation le terme de l'actif réalisable doit correspondre au terme du passif exigible; nous supposons que les amortissements annuels exprimant des dépréciations ont été calculés aussi exactement que possible; enfin par fonds de roulement, nous entendons la somme minimum qui doit exister en caisse ou en banque pour permettre à l'entreprise de faire face aux dépenses quotidiennes qui suivront immédiatement l'inventaire et qui n'étaient pas encore nées au moment où celui-ci a été établi.

Les réserves extraordinaires décidées par l'Assemblée générale annuelle des actionnaires répondent toutes au même but : Ce sont des réserves constituées pour permettre à l'entreprise de conserver une bonne trésorerie ou pour lui permettre d'augmenter son potentiel de production et par suite d'accroître ses bénéfices futurs. Il est inexact de prétendre qu'une entreprise dissimule son bénéfice quand elle accroît ses immobilisations : Une acquisition de matériel, une construction d'immeubles ne diminue pas le bénéfice net, ces opérations n'expriment ni une perte, ni un profit : ce sont des échanges de valeurs, des transformations d'actif disponible en actif immobilisé; mais les administrateurs diligents doivent faire l'impossible pour essayer d'entreprendre des agrandissements avec leurs propres capitaux : d'où l'obligation de ne pas distribuer tout le bénéfice aux ayants droit.

Le compte « Obligations amorties » peut représenter également dans un bilan une réserve extraordinaire : Une Société émet bien souvent des obligations pour augmenter son potentiel de production : l'argent frais apporté par les obligataires ne tardera pas à être transformé en matériel, en immeubles, etc... Il est d'usage (tout au moins en France) d'amortir ces obligations en un certain nombre d'années par voie de tira-

ge au sort. Examinons de très près le mécanisme financier de l'opération.

Une société industrielle émet 1.000 obligations de 1.000 francs et affecte le produit de cet emprunt à des agrandissements d'immeubles; quand ces agrandissements seront terminés, l'opération sera traduite ainsi au bilan :

Actif : Immeubles (1.000.000)

Passif : Emprunt obligations (1.000.000)

On sait qu'il est d'usage d'amortir les immeubles industriels en 20 ans, supposons que les obligations émises soient également amorties en 20 ans. Comment ce double amortissement sera-t-il traduit dans la comptabilité ?

Les amortissements d'immobilisations représentent une charge pour l'entreprise dont il doit être tenu compte pour la détermination du bénéfice net annuel; dans 20 ans la valeur comptable de l'immeuble sera nulle et le bilan pour exprimer ce fait se présentera ainsi :

Actif : Immeubles (1.000.000)

Passif : Immeubles amortis (1.000.000)

Nous conseillons aux techniciens comptables de faire apparaître les amortissements au passif du bilan plutôt que de les déduire des postes correspondants de l'actif. Il suffira à la fin de l'année d'ouvrir un compte intitulé : « Immobilisations amorties », ce compte sera crédité chaque année du montant des amortissements annuels par le débit du compte « Résultat »; on aura ainsi à l'actif le prix d'acquisition des « Immobilisations » et au passif les amortissements pratiqués sur ces immobilisations depuis leurs dates d'acquisition. Si le compte « Immobilisations amorties » n'était pas

ouvert en fin d'année et que les amortissements soient comptabilisés au débit au compte « Résultat » et au crédit du compte « Immobilisations », la lecture du bilan ne permettrait pas d'obtenir ces deux renseignements, seule la valeur comptable apparaîtrait à l'actif, ce qui est beaucoup moins clair.

L'amortissement des immobilisations représente une charge pour l'entreprise, en est-il de même de l'amortissement des obligations ?

Nous ne le pensons pas.

Quand une Société rembourse à la fin de chaque année les obligations qui ont été désignées par le sort, elle ne s'appauvrit pas, son actif et son passif diminuent d'une même somme, il y a un échange de valeurs qui sera traduit par un débit au compte « Emprunt obligations » et par un crédit correspondant au compte « Caisse » ou au compte « Banque » suivant que les obligations seront remboursées par « Caisse » ou par « Banque ». Que représente alors dans les bilans de nombreuses sociétés le compte « Obligations amorties », car nous venons de voir que l'opération financière du remboursement des obligations n'intéresse aucunement ce compte ?

Le compte « Obligations amorties » représente pour la totalité une réserve extraordinaire si l'amortissement comptable des immobilisations a été normalement effectué.

L'assemblée des actionnaires peut en effet décider sur la proposition du Conseil d'administration de constituer une réserve avant toute répartition du bénéfice, correspondant au montant des obligations remboursées dans le courant de l'année, en agissant ainsi elle cherche à améliorer la trésorerie de la Société en comblant le trou creusé dans l'actif disponible par le remboursement des obligations désignées par le sort.

Cette décision devrait s'imposer chaque fois que l'équation formulée ci-dessus ne serait pas constatée au bilan.

En comptabilité, le compte « Résultat » sera débité par le crédit du compte « Obligations amorties », *mais cette écriture sera passée une fois le bénéfice obtenu à titre d'affectation et non à titre de charges*, comme nous l'avons vu pour l'amortissement des immobilisations.

Au bout de 20 ans, le bilan se présentera ainsi :

Actif

Immeubles : 1.000.000

Passif

Immeubles amortis : 1.000.000

Obligations amorties : 1.000.000

Bien entendu, si les immobilisations n'ont pas été normalement amorties, le compte « Obligations amorties » peut représenter pour partie, voire même pour la totalité un crédit d'amortissement, c'est-à-dire une dépréciation d'actif.

Ainsi, supposons que l'immeuble acquis n'ait pas été amorti pendant 20 ans, le bilan établi à la fin de la période d'amortissement des obligations se présentera ainsi :

Actif

Immeubles : 1.000.000

Passif

Obligations amorties : 1.000.000

Dans cette hypothèse, le compte « Obligations amorties » ne représente pas une réserve, mais un crédit d'amortissement, c'est-à-dire une dépréciation d'actif pour la totalité.

Remarque

Si l'amortissement des obligations s'est effectué par voie de rachat en bourse, ce qui suppose un cours inférieur à la valeur de remboursement, le bénéfice que la société pourra réaliser sur cette opération (différence entre la valeur d'émission et la valeur de rachat) entrera dans les produits de l'exercice au cours duquel le rachat s'est effectué. En conséquence ce profit fera partie du résultat annuel à répartir ou plus exactement à affecter.

Du compte capital amorti

Le compte « Capital amorti » dans un bilan a la même signification que le compte « Obligations amorties » doté à titre d'affectation et tous amortissements étant supposés effectués aux taux d'usage : Il représente une réserve extraordinaire, quel que soit du reste le mode d'amortissement des actions. C'est une fois le bénéfice net déterminé que le compte « Résultat » sera débité par le crédit du compte « Capital amorti » à titre d'affectation du bénéfice net. Cette décision sera prise par l'assemblée générale ordinaire annuelle des actionnaires. Si l'amortissement des actions s'est effectué par voie de rachat en bourse à un cours inférieur à la valeur nominale, le profit qui en résultera entrera dans les produits de l'exercice et fera partie du résultat à affecter.

Nous estimons inutile ici dans un travail destiné uniquement à fixer des points de droit, de développer certaines questions que l'on trouve traitées dans tous les ouvrages classiques. Il est bien évident que sur les modalités d'émission des obligations (émises au pair, émission avec primes, comptabilisation des émissions) ou d'amortissement du capital (amortissement uniforme, amortissement par voie de tirage au sort,

amortissement par rachat en bourse), tout ce qui doit être dit, a été dit et bien dit. Insister sur ces questions n'apporterait aucune précision aux différentes solutions juridiques que nous proposons et que nous entendons défendre.

Conclusion

Quel que soit le nom que l'on donne aux réserves extraordinaires, celles-ci ayant été constituées avant la répartition annuelle entre les porteurs des 2 catégories de titres, appartiennent aux actionnaires et aux porteurs de parts puisque, *la somme qui devait contractuellement servir de base à la répartition annuelle* a été diminuée de dites réserves. Si donc on suppose qu'au moment de la fusion le bilan accuse un total de 9.500.000 de réserves extraordinaires, le droit des actionnaires sur ces réserves sera de : (Voir exemple ci-dessus)

$$\frac{9.500.000 \times 60}{95} = 6.000.000$$

et celui des porteurs de parts de :

$$\frac{9.500.000 \times 35}{95} = 3.500.000$$

Nota

Devront être considérés également comme réserves extraordinaires les intérêts du capital et les intérêts de toutes les réserves (quelles que soient du reste leurs origines) si, comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, l'assemblée générale des actionnaires avait fait produire des intérêts à ces sommes, en l'absence de *dispositions formelles des statuts*, et viré ces intérêts à des comptes de réserves, quelles que soient du

reste leurs dénominations, avant le partage du bénéfice à répartir entre les porteurs des deux catégories de titres. Cela est la conséquence de nos principes exposés au chapitre II.

NOTRE REPONSE A LA DEUXIEME QUESTION

Nous allons reprendre l'exemple précédent, mais en supposant l'article de répartition du bénéfice net rédigé ainsi à l'origine :

- 5 % à la réserve légale;
- 10 % à la réserve statutaire;
- 30 % aux parts de fondateur;
- 55 % aux actionnaires.

Donc la loi et le pacte social ont prévu deux réserves qui s'imposent aux ayants droit avant toute répartition. Supposons qu'au moment de la fusion, ces deux réserves s'élèvent respectivement à X fr. et Y fr., les porteurs de parts ont-ils des droits à faire valoir sur ces réserves ? Evidemment non. Cela est la conséquence de la théorie du lien contractuel et de nos principes I et II développés au chapitre II.

Les sommes X fr. et Y fr. seront donc, selon nous, la propriété exclusive des actionnaires.

NOTRE REPONSE A LA TROISIEME QUESTION

Si des réserves ont été constituées au cours de l'existence sociale sur *la part des bénéfices* revenant aux seuls actionnaires, elles seront la propriété exclusive de ceux-ci, de même les porteurs de parts seront seuls fondés à exercer leurs droits sur des réserves constituées au cours de l'existence sociale et prélevées sur

la part des bénéfices leur revenant, ce qui suppose, à priori, le consentement des porteurs de parts, consentement qui sera nécessairement collectif depuis la loi du 23 janvier 1929 puisque, si antérieurement à cette loi, les porteurs de parts n'étaient pas groupés en une association permettant leur représentation collective vis-à-vis de la société émettrice, la nouvelle législation leur est ipso facto applicable.

La propriété des réserves de cette nature n'a jamais soulevé de difficultés, les tribunaux ont résolu depuis longtemps, dans le sens que nous venons d'indiquer, les conflits pétitoires qui avaient pu se présenter (Paris 13 juin 1900, *Journal des Sociétés* 1901, p. 351, tribunal de Commerce de la Seine, 3 juillet 1914, *Gazette des Sociétés* 1914, p. 363; 15 mars 1922, *Journal des Sociétés* 1925, p. 293).

La doctrine n'a jamais discuté ces décisions, nous jugeons inutile d'insister davantage sur cette question.

LE LIEN CONTRACTUEL ET L'ACTION IN REM VERSO

Par arrêt du 8 janvier 1935 (*Gazette du Palais*, 1935-1-367), la Cour de Cassation a jugé que « sauf dispositions contraires du pacte social, les parts de fondateur confèrent seulement des droits aux bénéfices sociaux et non aux autres éléments de l'actif social, que les primes d'émission, apports supplémentaires, exigés en vue d'assurer l'égalité entre les actions anciennes et les nouvelles ne présentent pas, bien que faisant partie de l'actif social, les caractères d'un bénéfice réalisé par la Société. »

Ce motif est également celui qui a été invoqué, dans la même instance, par le Tribunal de Commerce de

la Seine (28 août 1928, Journal des Sociétés, 1929, page 111) et par la Cour de Paris (24 février 1931, Journal des Sociétés 1931, page 222).

L'opinion de la jurisprudence est donc que les réserves constituées, à l'aide des versements faits par les actionnaires, n'appartiennent pour aucune partie aux porteurs de parts de fondateur. La Cour de Cassation a ajouté que la prime *n'est pas un bénéfice social* et que les porteurs de parts n'ont pas droit à l'actif ne provenant pas de bénéfices sociaux. Mais il faut remarquer qu'à cet égard, la Cour Suprême s'est *mise en contradiction* avec les nombreux arrêts dans lesquels elle a décidé que la distribution de la prime, au moins aux porteurs de parts de fondateur ou aux porteurs des actions émises antérieurement à celles dont les souscripteurs ont versé la prime, est passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières; notamment, un arrêt du 21 janvier 1920 (Dalloz 1923-1-207) rendu comme celui du 8 janvier 1935 par la Chambre des Requêtes, a jugé que l'emploi de la réserve de la prime d'émission au rachat des parts de fondateur, est assujetti à cet impôt parce que « les
« primes sont venues accroître non le capital social,
« mais la valeur du fonds social, que cet excédent
« étant attribué aux porteurs de parts pour racheter
« leurs droits, ce rachat constituait bien une distri-
« bution de produits ou *bénéfices réalisés* par la So-
« ciété. » (Voir aussi les arrêts de la même Chambre, des 13 janvier 1929, Dalloz, hebdomadaire, 1929, page 145, 3 mars 1930 D. 1930-1-29).

Donc la jurisprudence considère que s'il existe au moment de la fusion une réserve constituée par les primes d'émission sur actions, cette réserve est la propriété exclusive des actionnaires. C'est aussi *notre opinion*, mais nous justifions l'attribution de cette

réserve aux actionnaires, en nous plaçant à un point de vue différent de celui adopté par la Cour de Cassation.

La pensée de l'arrêt du 8 janvier 1935 et celle du Tribunal de la Seine et de la Cour de Paris, est *que les porteurs de parts ayant droit au boni de liquidation, parce qu'il est constitué à l'aide du prélèvement sur les bénéfices sociaux, dont une quote-part leur appartient, ne peuvent exercer aucune revendication sur ce boni de liquidation, dans la mesure où il a été constitué par un prélèvement sur des sommes qui ne leur appartenaient pas. S'ils ont droit au boni de liquidation, c'est parce qu'ils auraient eu droit aux bénéfices annuels si ces bénéfices avaient été distribués après la fin de l'exercice au cours duquel ils ont été réalisés; en contrepartie, ils n'ont pas de droits aux réserves prélevées uniquement sur des sommes qui, si elles avaient été immédiatement mises en distribution, auraient appartenu aux actionnaires.*

Pour nous (Voir chapitre I) le droit au boni de liquidation des porteurs de parts est absolument indépendant du droit qu'ils peuvent avoir dans les réserves comptabilisées au bilan établi avant la fusion. Le premier pourrait exister même en l'absence du second. Une seule conception juridique permet d'expliquer pourquoi les porteurs de parts ne peuvent exercer leurs droits de partage (en l'absence de dispositions formelles) sur une réserve alimentée par les primes d'émission : c'est cette vieille notion d'équité que l'on retrouve à l'origine du droit et d'où découle l'action *in rem verso*.

La prime d'émission dès son entrée dans le patrimoine social n'a pas le caractère d'un profit, mais d'un apport supplémentaire, elle est versée pour éga-

liser la situation des actionnaires nouveaux et des actionnaires anciens (les nouveaux participant à la part des réserves qui appartenait déjà aux anciens actionnaires), les porteurs de parts s'enrichiraient au détriment des actionnaires (puisque leur part dans les mêmes réserves n'est pas diminuée par l'accès des nouveaux actionnaires). Si on les admettait à participer à la réserve constituée par les primes, ils retireraient par l'effet de leur concours au partage, un avantage supplémentaire au détriment des actionnaires.

Nous allons montrer par une étude approfondie de la question que les quatre conditions de l'enrichissement sans cause se trouvent réunies pour permettre aux actionnaires de rejeter les prétentions des porteurs de parts sur la réserve constituée par les primes d'émission.

1°) CREATION D'UN ENRICHISSEMENT

Cet enrichissement doit avoir un caractère patrimonial. Ce caractère existe bien ici puisque les porteurs de parts (dans l'hypothèse où ils feraient valoir leurs droits sur la prime d'émission) s'enrichiraient.

2°) CREATION D'UN APPAUVRISSEMENT

Les actionnaires s'appauvriraient et leur appauvrissement aurait un caractère patrimonial puisque la prime d'émission a été versée pour établir une égalité de droits entre les anciens et les nouveaux actionnaires.

3°) LIEN DE CAUSALITE ENTRE LES DEUX PREMIERS ELEMENTS

C'est-à-dire un rapport de cause à effet entre l'appauvrissement et l'enrichissement. Il s'agit de la « cause occasionnelle », c'est-à-dire « *d'un fait sans lequel l'effet ne se serait pas produit quand même d'autres conditions étaient nécessaires.* » (Demogue, Traité des obligations 1923 t. III N° 156 p. 248). Or, l'assemblée des actionnaires, en décidant l'augmentation du capital et en fixant les conditions de souscription aurait, si les prétentions des porteurs de parts étaient admises, enrichi le patrimoine de ceux-ci en diminuant d'autant la valeur de celui qui leur appartient. Nous serions bien ici, en plein dans le « *fait personnel* » de l'appauvri que l'arrêt de Cassation du 15 juin 1892, tant de fois cité en cette matière, retient (entre autres conditions) pour distinguer l'action « *in rem verso* » de la gestion d'affaires.

« Considérant qu'il suffit pour rendre l'action recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait par un sacrifice ou *fait personnel* procuré à celui contre lequel il agit

4°) ABSENCE D'UNE JUSTE CAUSE D'ENRICHISSEMENT

Cette quatrième condition est la plus délicate. La définition de la cause doit être précisée parce que ce mot a été pris par la loi dans des sens parfois très différents, et aussi en raison de tout ce qu'un mot aussi général possède d'élasticité.

D'après M. le Professeur Demogue (loc. Cit. N° 161, 163), il ne faut pas entendre par là une « cause effi-

ciente » ; « le mot ne se réfère non plus ni à l'utilité « sociale, ni à l'utilité subjective d'enrichissement ; « c'est le « lien entre l'enrichissement et un autre « appauvrissement, une contre-prestation de l'enrichi. » Ce peut être un équivalent soit d'ordre matériel, soit d'ordre immatériel ou une satisfaction qu'on se procure par de l'argent.

Notre regretté maître, le professeur Capitant, expliquait d'une façon plus large la notion de cause pour lui « la cause a un sens traditionnel » : c'est l'acte juridique qui justifie l'acquisition d'une valeur ; il faut que l'enrichissement ne prenne pas sa source dans un acte juridique qui en légitime l'acquisition par exemple, un contrat même, passé avec un tiers.

Il peut y avoir enrichissement sans cause alors même qu'un contrat existe en vertu duquel l'augmentation de patrimoine s'est produite : des créanciers ont été payés et sont ensuite primés par un créancier évincé tout d'abord, puis rétabli (Toulouse 15 décembre 1871 D. 71-2-255 ; Cassation civ. 13 février 1866, D. 66-1-87) ou des créanciers ont touché plus que leur part dans un ordre (Cas. réq. 13 juillet 1864 ; S. 1864-1 350 ; Alger, 9 mars 1870, 2, 176).

S'ils détiennent sans cause une partie de la somme qu'ils ont encaissée, ce n'est pas faute d'une cause juridique à ce versement : ils ont touché ce qui leur était dû en vertu d'un contrat ou, d'une façon plus large, en vertu de la cause de leur créance. La cause, au sens qui nous occupe, réside ici, dans le rang auquel peuvent venir légalement ces créanciers. Il ne semble donc pas possible de trancher la question de juste cause en considération du seul enrichi, et, selon la remarque de M. Demogue (loc. cit. p. 264 N° 163), il y a une comparaison à faire entre la situation de l'enrichi et celle de l'appauvri : « Il ne faut pas dire

que l'enrichi a une juste cause d'enrichissement, mais qu'il a une *plus juste cause de garder son enrichissement* que l'appauvri d'en réclamer la restitution. »

Comparaison : donc, question d'appréciation sur des bases d'équité, *ce qui est assez naturel en somme dans une matière essentiellement inspirée de l'équité.*

Les auteurs qui ont tenté de ramener la formule de juste cause à une notion unique et de fixer un critère bien défini ne semblent pas y avoir réussi. D'autre part, la jurisprudence fournit des solutions éparses dont il est très difficile de tirer un principe net. Le droit légal de l'enrichi ne constitue même pas nécessairement une juste cause d'enrichissement : un père insolvable remet ses enfants à un tiers : celui-ci peut exercer l'action *in rem verso* contre les enfants personnellement pour les aliments qu'il leur a fournis. (Cass. Civ. 18 août 1813, Aix, 11 août 1812, cités par Demogue loc. cit. p. 266 N° 163 note 3).

Ayant ainsi précisé la notion de cause, examinons si les porteurs de parts ne pourraient pas trouver dans l'essence même des droits que leur confèrent leurs titres « une juste cause d'enrichissement. »

Nous ne le pensons pas, car l'assemblée des actionnaires, en fixant le montant des primes d'émission, n'accomplit pas un acte de disposition ni un acte d'administration générateur de profits pour l'ensemble des ayants droit, *elle fixe simplement les conditions que devront remplir les nouvelles souscriptions pour conférer à leurs détenteurs les droits que possèdent déjà les souscripteurs primitifs. Le contrat intervenu entre les anciens actionnaires et les nouveaux actionnaires doit rester « inter alios acta ».* Les porteurs de parts ne pourraient se prévaloir de ce contrat que s'il contenait une stipulation à leur profit.

Donc, aucune juste cause d'enrichissement.

FORMULES DONNANT LE BONI DE LIQUIDATION EN CAS DE FUSION

Il sera facile d'après ce que nous avons exposé aux chapitres précédents de déterminer la formule donnant dans l'hypothèse d'une fusion le boni de liquidation à partager entre les porteurs des deux catégories de titres (actions et parts de fondateur).

Représentons par X la valeur *effective des actions* remises par la Société absorbante à la Société absorbée en rémunération de l'universalité active et passive apportée.

Supposons que dans le bilan établi juste avant la fusion les moyens d'actions de la Société se répartissent ainsi :

Capital social (valeur nominale des actions) : Y fr.

Réserves comptabilisées au bilan, A fr. se décomposant ainsi :

B fr. (Réserves propriété des actionnaires);

C fr. (Réserves propriété des porteurs de parts).

Donnons-nous ainsi rédigée la clause de répartition du résultat net annuel (statuts de la Société absorbée).

« Les produits nets, déduction faite de toutes les
« charges administratives, fiscales, financières, com-
« merciales, des frais d'exploitation, frais généraux,
« redevances, contributions, intérêts fixes et variables
« des bons, obligations et autres créances, amortisse-
« ments normaux, et supplémentaires s'il y a lieu,
« participations diverses constituent les bénéfices
nets.

« Sur les bénéfices il est prélevé :

« 1°) 5 % pour la formation du fonds de réserve légale; ce prélèvement cesse d'être obligatoire et peut être suspendu lorsque le fonds de réserve a atteint une somme égale au 1/10 du capital social, mais il doit reprendre son cours si la réserve vient à être entamée. »

2°) 10 % à une réserve extraordinaire.

« 3°) Le solde (soit 85 % du bénéfice net restant après dotation des deux réserves précédentes) sera partagé ainsi :

« 30 % aux parts de fondateur,

« 70 % aux actions

« sur la fraction des bénéfices revenant aux deux catégories d'ayants droit, il pourra être constitué toute réserve jugée utile par eux à la bonne marche des affaires sociales. »

Les parts de fondateur ont donc un droit sur le bénéfice net égal à :

$$\frac{30}{100} \times \frac{85}{100} = \frac{25,5}{100} = 25,5 \%$$

Rappelons qu'avec la Cour de Cassation, nous considérons les droits conférés aux parts de fondateur comme essentiellement « sui générés ».

Pour qu'il y ait boni de liquidation, il faudra que l'on ait :

$$X > Y + A$$

S'il en est ainsi, le boni de liquidation sera de :

$$X - (Y + A)$$

Sur ce boni il reviendra :

$$1^{\circ}) \text{ aux porteurs de parts : } \frac{25,5}{100} \times [X - (Y + A)]$$

$$2^{\circ}) \text{ aux actionnaires : } \frac{74,5}{100} \times [X - (Y + A)]$$

En sorte que sur l'actif net de liquidation X fr., il reviendra aux actionnaires :

$$X + B + \frac{74,5}{100} \times [X - (Y + A)]$$

et aux porteurs de parts :

$$C + \frac{25,5}{100} \times [X - (Y + A)]$$

Nous tenons à faire remarquer combien ces formules sont différentes de celles que nous avons établies au Chapitre III quand nous examinions le droit aux domages et intérêts des porteurs de parts de fondateur.

Ainsi, en matière de fusion, il est absolument inutile de déterminer la valeur d'exploitation de la Société absorbée ; par contre, il est absolument nécessaire de connaître la valeur de l'actif net de la société absorbante, puisque c'est cette valeur qui sert de base à l'estimation des actions remises à la société absorbée : Ce n'est pas l'actif de la société absorbée qui est réparti entre les actionnaires et les porteurs de parts de fondateur, mais le prix de l'aliénation, c'est-à-dire les actions de la Société absorbante.

Si, par contre, nous avons $X < Y + A$, il n'y aurait pas boni de liquidation (Voir chapitre I).

La valeur reçue par la société absorbée au moment de la fusion serait inférieure aux moyens d'actions figurant au passif du Bilan avant la fusion. Sur cette valeur, les actionnaires seraient d'abord remboursés de l'intégralité du Capital Social non amorti, quant au solde il serait partagé entre les actionnaires et les porteurs de parts proportionnellement à l'importance de leurs

droits dans les réserves comptabilisées figurant au Passif du Bilan avant la fusion : il reviendrait donc :

$$1^{\circ}) \text{ aux actionnaires : } Y + \frac{(X - Y) \times B}{A}$$

$$2^{\circ}) \text{ aux porteurs de parts : } \frac{(X - Y) \times C}{A}$$

Si enfin, la valeur reçue par la société absorbée correspondait exactement au montant du Capital et des réserves comptabilisées figurant au Passif du Bilan avant la fusion, il n'y aurait ni boni, ni déficit de liquidation, nous aurions :

$$X = Y + A$$

Les actionnaires prélèveraient :

$$Y + B \text{ et les porteurs de parts : } C.$$

CHAPITRE V

Examen de quelques cas d'espèces

La distinction que nous venons d'établir au paragraphe précédent, notre conception du boni de liquidation et les principes posés au chapitre II, permettent de résoudre tous les conflits susceptibles de se présenter au cours de l'existence sociale ou au moment de la dissolution entre les porteurs des deux catégories de titres. Nous allons appliquer ces principes à quelques cas d'espèces ; il se peut que nous soyons incomplets dans notre énumération, mais cela est sans importance : l'essentiel est d'avoir une méthode pour résoudre les problèmes que la vie juridique et économique moderne peut poser ; il est impossible de prévoir toutes les situations qui pourraient se présenter, celles-ci dépendent bien souvent des contingences du moment, elles sont du domaine de l'éternel devenir.

a) *Augmentation du Capital*

L'augmentation du Capital Social ne nécessite pas l'agrément des porteurs de parts, lorsqu'elle s'effectue par voie d'apports en numéraires ou d'apports en nature, quand un intérêt a été prévu dans les statuts en faveur du Capital Social et que cet intérêt est déducti-

ble du bénéfice avant partage entre les porteurs des deux catégories de titres ; il va sans dire que c'est sur le nouveau capital social que l'intérêt sera calculé. Dans l'hypothèse où aucun intérêt ne serait prévu « ab initio » en faveur du capital social, les nouvelles actions ne pourraient être rémunérées par un intérêt : le pacte d'augmentation de capital passé entre les actionnaires nouveaux et les actionnaires anciens serait inopposable aux porteurs de parts en ce qui concerne cette clause, mais il est évident, que les nouvelles actions peuvent être privilégiées par rapport aux anciennes, sur la part des bénéfices prévus en faveur du capital social dans l'acte créateur des parts. La transformation des réserves en actions distribuées aux actionnaires, ne peut porter que sur les réserves comptabilisées au bilan, et qui sont la propriété des actionnaires. La clause d'intérêt fixe, insérée comme condition d'augmentation du capital et non prévue « ab initio » nécessite le consentement collectif des porteurs de parts pour leur être opposable. Même remarque quant à l'affectation des réserves, propriétés des porteurs de parts (transformation en actions, par exemple). Si l'actif était réévalué au cours de l'existence sociale, le droit des porteurs de parts de fondateur s'exercerait sur cette plus-value, et les actionnaires ne pourraient disposer de la fraction revenant aux porteurs de parts, qu'avec leur consentement collectif.

Les réserves sociales affectées à la conversion des parts en actions (Article 8 de la loi du 23 janvier 1929), doivent être nécessairement la propriété des actionnaires pour la totalité.

b) *Réduction du Capital Social*

En cas de réduction du capital social motivée par des pertes antérieures, les actionnaires ont-ils le droit,

(en l'absence de dispositions particulières), de spécifier : 1° que l'intérêt alloué aux actions (si cet intérêt était prévu dans les statuts), continuera d'être calculé sur le capital primitif ; 2° qu'au moment de la dissolution, il conviendra, pour déterminer le boni de liquidation, de déduire non le capital réduit mais le capital primitif.

Certains auteurs, (Jacques Copper-Royer : Le régime des parts de fondateur 1931, p. 117 et 118, n° 297), prétendent que les actionnaires « peuvent fixer les conditions auxquelles ils subordonnent la réduction du capital » lorsque cette réduction est motivée par des pertes antérieures. Il existe du reste, des décisions dans ce sens (Tribunal Commerce Marseille, 1^{er} mars 1904. — D.P. 1905 3.5. Orléans, 25 janvier 1912. J. Soc. 1913. 122).

Mais la Cour de Cassation, par un arrêt du 11 février 1924, (Chambre Civile Rev. Soc. 24.163), s'est formellement opposée à cette interprétation :

« En l'absence d'une disposition statutaire l'autorisation, est inopposable aux porteurs de parts bénéficiaires, comme portant atteinte à leurs droits, la délibération par laquelle les actionnaires, après avoir voté la réduction du capital social, décide que l'intérêt statutaire continuera d'être payé aux actions sur le montant nominal primitif des actions et que, en cas de liquidation, celles-ci auraient droit au remboursement de ce capital primitif avant toute répartition des bénéfices. »

N'existe-t-il pas une contradiction dans les décisions rendues par la Cour Suprême ? C'est ce que nous allons rechercher : En matière d'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (loi de 1872), il a été plusieurs fois jugé : (Civ. rejet. 1^{er} juillet 1925, D.P. 1926-1-19 ; Trib.

Civ. Périgueux, 23 juin 1928, Rev. Soc. 28.456 ; Trib. Civ. Saint-Quentin, 12 mars 1929, Sem. Jurid. 1929 7-37) que : « Si une liquidation est bénéficiaire, la taxe « n'était due que sur l'excédent par rapport au capital « réellement versé par les actionnaires et alors même « que, en apparence, ce capital semblerait moindre du « fait d'une réduction opérée au cours de la vie sociale. »

Peut-on voir dans les deux arrêts rendus par la Cour de Cassation à un an d'intervalle, une opposition ? Autrement.

Dans l'arrêt de 1924, la Cour interprète un lien contractuel relevant du Droit Privé, alors que dans le second arrêt, elle interprète un texte fiscal, parfaitement autonome et où le législateur poursuit un but qui n'a aucun rapport avec celui que les actionnaires et les porteurs de parts ont recherché en fixant le statut des parts créées.

Selon nous, si la réduction du capital social n'est pas motivée par des pertes et représente un remboursement du Capital-Actions (fait constaté chez les Sociétés qui disposent de grosses réserves liquides et qui échappent du reste à toute imposition) l'arrêt du 11 février 1924 ne saurait être sérieusement discuté.

Si, au contraire, la réduction du capital social avait été motivée par des pertes antérieures, le consentement collectif des porteurs de parts serait nécessaire ; au cas où il ne serait pas acquis et où la réduction du capital serait néanmoins décidée, les actionnaires devraient subir une réduction de leurs droits, tant au moment de la répartition des bénéfices futurs annuels qu'au moment de la dissolution, par contre, sur les bénéfices futurs revenant aux porteurs de parts, les actionnaires pourraient se « rembourser de la fraction des pertes « antérieures que leurs co-partageants auraient néces-

« sairement supportées si le capital n'avait pas été ré-
« duit, puisque pour toucher quoi que ce soit, les por-
« teurs de parts auraient dû attendre la reconstitution
« du capital perdu. »

c). Partage anticipé de l'actif social

Ce partage peut se présenter sous différentes formes :

1°) remboursement aux actions d'une fraction de la valeur nominale ; ce remboursement étant, bien entendu, accompagné d'une réduction correspondante du capital dûment enregistré, déposée et publiée.

Il ne faut pas confondre cette opération avec un amortissement du capital social : dans le premier cas, le compte capital est débité par le crédit du compte Caisse ou Banque, suivant que le remboursement a été effectué par Caisse ou par Banque.

Dans le second cas on débite le compte réserve ou résultat par le crédit du compte Caisse ou Banque ; le compte capital est ensuite débité par le crédit du compte capital amorti, mais cette écriture d'ordre intérieur ne traduit aucun mouvement de valeurs, elle constate simplement que des actions de capital ont été remplacées par des actions de jouissance. *La première opération est un partage anticipé de l'actif social*, passible du droit de partage (0,75 %) et exempt de tout impôt cédulaire et de l'impôt général sur le revenu. *La seconde opération est un remboursement de capital effectué par affectation d'une réserve et du résultat d'un exercice* et par suite passible pour les bénéficiaires de l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières et de l'impôt général sur le revenu. Nous avons vu précédemment que le compte « capital amorti » représente une réserve qui est la propriété exclusive des actionnaires, si le remboursement s'est effectué par prélèvement sur une ré-

serve qui leur appartient intégralement, les porteurs de parts auraient par contre des droits à faire valoir sur cette réserve, si le remboursement s'était effectué avant le partage prévu aux statuts, ou par affectation d'une réserve antérieurement constituée et qui leur appartient en partie.

Si les porteurs de parts n'ont pas agi au cours de l'existence sociale, leur droit s'exercerait au moment de la dissolution, mais il peut s'exercer au cours de l'existence sociale (Voir arrêt de la Cour d'Appel de Douai, du 23-1-1929. — Journal des Sociétés 1930, page 169. Accepté par nous, — Chapitre II).

Le remboursement du capital-actions qui s'analyse juridiquement en un partage de l'actif social n'intéresse aucunement les porteurs de parts : ils le subissent, car ils ne peuvent justifier d'aucun intérêt pour le contester.

2°) Mais supposons que les actionnaires (dans l'une ou l'autre de ces opérations) reçoivent des titres figurant à l'actif social au lieu d'espèces; les porteurs de parts auraient le droit de discuter la valeur attribuée à ces titres par l'Assemblée des actionnaires pour se rembourser d'une partie de leurs mises sociales; d'une façon générale, le partage pourra être discuté par les porteurs de parts chaque fois qu'il sera effectué en valeurs susceptibles d'une appréciation plus ou moins extensive ; prenons un exemple pour fixer les idées :

Le capital qui était de 1.000.000 (1.000 actions de 1.000 frs) est réduit à 500.000 frs (1.000 actions de 500 frs). La société possède à son actif 1.000 titres estimés à 500 frs, soit 500.000 frs, mais ces titres ont une valeur beaucoup plus considérable, 1.000 frs par exemple. Si les actionnaires recevaient en contre-partie de la réduction de la valeur nominale de leurs actions (500 frs), un

titre compté pour 500 frs, alors qu'il vaut 1.000 frs, les porteurs de parts seraient en droit d'exiger un dividende supplémentaire dans la proportion fixée aux statuts et correspondant à la plus-value de 500.000 frs touchée par les actionnaires (simple règle de trois à effectuer).

d) *Droits des porteurs de parts en cas
d'une prolongation de la durée sociale*

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que le droit des porteurs de parts subsiste si la société est prorogée par les associés à l'expiration de son terme pour une durée plus ou moins longue. (Voir en ce sens Wahl, J. Sociétés, 1897, p. 254 ; Rod. Rousseau, n° 1218 bis. Godin, des titres attribués aux fondateurs, p. 182 ; Lecouturier, Rev. Crit. 1892-262 ; Arthuys, Sociétés commerciales, n° 653 ; Jacques Copper-Royer : le régime des parts bénéficiaires, n° 30). La jurisprudence est divisée (en ce sens Trib. Commerce Seine, 28 octobre 1912 ; J. Soc. 1913, 443 ; en sens contraire, Paris, 5 juillet 1886, J. Soc. 87-69). Nous n'avons pas trouvé d'arrêt de la Cour de Cassation.

Nous acceptons le point de vue des auteurs précédemment cités *en faisant toutefois remarquer qu'il repose sur la persistance de l'être moral*. Or, quid, si à l'expiration du terme fixé, la prorogation était accompagnée de transformations profondes qui sont peut-être incompatibles avec le maintien de l'entité juridique : changement simultané de l'objet et de la forme, augmentation du capital social, etc. Les porteurs de parts pourraient-ils encore (à l'expiration du terme) s'opposer conformément à l'article 9 de la loi du 23 janvier 1929 au changement d'objet et de forme ? Nous ne le pensons pas. Et en conséquence, la Société ainsi modi-

fiée constituerait-elle au point de vue civil le même être moral qu'avant la prorogation ? La solution de ce problème déborde le cadre de notre thèse ; nous tenons simplement à le signaler, sans y insister davantage, car l'étude de cette question pourrait facilement faire l'objet d'un très utile travail : « La persistance de l'entité juridique des Sociétés dans le temps. »

CONCLUSION

Nous croyons avoir trouvé les solutions à tous les problèmes qui peuvent être posés dans l'état actuel de la législation par l'exercice des droits appartenant aux porteurs de parts de fondateur appelées encore parts bénéficiaires (deux expressions qui désignent exactement les mêmes titres et confèrent les mêmes droits). Nous ne sommes pas pour la suppression de cette forme de titres qui représentent la seule façon de rémunérer dans les Sociétés de Capitaux, les apports en industrie, les démarches effectuées, les conceptions des fondateurs, et qui permettent bien souvent de tenir compte des services rendus ne pouvant être rémunérés qu'incomplètement par des actions (importantes souscriptions, apports incorporels, etc...). Les parts enfin constituent le seul moyen de tenir compte de certains sacrifices accomplis dans l'intérêt social (réduction du capital, passif transformé en parts). Notre législation relative à cette matière pourrait être utilement précisée sur deux points :

1°) Durée de la prescription de l'action en contestation des résultats annuels ;

2°) Obligation pour les porteurs de parts, même en cas de silence des statuts, d'accepter les réserves décidées par l'Assemblée Générale des actionnaires dans un

intérêt commun, préalablement à tout partage : (nécessité de trésorerie, augmentation du potentiel de production).

Ce deuxième point obligerait les Commissaires aux comptes des Sociétés anonymes et le Conseil de Surveillance des sociétés en commandite par actions, à rechercher dans leurs rapports si, étant donné la texture financière du bilan et les besoins d'immobilisation allégués par les administrateurs et les gérants, les réserves proposées sont justifiées. Il va de soi que les porteurs de parts conserveraient toujours la possibilité de demander au Tribunal si le point de vue des administrateurs et des commissaires n'était pas partagé par eux, la nomination d'experts. Le Tribunal aurait ainsi tous les éléments pour statuer.

Actuellement, quand un conflit de cette nature s'élève, les Tribunaux ne peuvent se prononcer qu'en faisant appel à la théorie de l'abus de droit aux contours mal définis.

Dans le cadre de la législation existante, il est inexact de considérer le boni de liquidation, comme la différence entre le montant des valeurs actives réalisées et le montant des valeurs passives (capital et dettes). Cette définition doit être ainsi corrigée :

Le boni de liquidation est la différence entre les valeurs actives réalisées d'une part et le total du passif réel, (dettes envers les tiers), du capital social et des réserves comptabilisées d'autre part.

La propriété des réserves comptabilisées doit être déterminée uniquement en considération de leurs origines, abstraction faite du droit que les porteurs de parts ont nécessairement dans le boni de liquidation, sauf stipulation formelle des statuts sur ce point.

En raison du caractère « sui généré » des droits conférés aux parts de fondateur, celles-ci ne peuvent pré-

tendre (sauf stipulation formelle des statuts sur ce point) à une part :

- 1°) de la réserve légale ;
- 2°) des réserves statutaires prévues avant tout partage ;
- 3°) des réserves constituées par les primes d'émission sur actions ;
- 4°) des réserves constituées sur la part de bénéfice revenant aux seuls actionnaires.

Mais le droit de partage des porteurs de parts doit s'exercer sur les réserves extraordinaires constituées en dehors de toute prévision statutaire et avant le partage du bénéfice net avec les actionnaires.

S'il existe des réserves constituées au cours de l'existence sociale sur la part des bénéfices revenant aux porteurs de parts, elles sont la propriété exclusive de ceux-ci.

La constitution de ces deux sortes de réserves suppose le consentement collectif de la masse des porteurs de parts.

La sincérité des réserves comptabilisées au bilan est fonction de l'exactitude technique et juridique du bénéfice net : amortissements calculés en tenant compte de la dépréciation effective des immobilisations (question d'ordre technique) ventilation des intérêts comptabilisés comme charges sociales (question d'ordre juridique).

Dans l'hypothèse d'une fusion, la valeur de réalisation de l'actif net est représentée par les actions remises à la Société absorbée par la Société absorbante : l'estimation de ces actions doit être faite en prenant pour base le bilan de la société absorbante une fois la fusion réalisée.

L'action en dommages et intérêts donnée aux porteurs de parts contre la Société ne se conçoit pas lorsque la dissolution ou la fusion a eu lieu à l'expiration du terme fixé dans les statuts : tout ce qu'ils peuvent faire dans ce cas, c'est de demander au Tribunal de fixer la part qui leur revient dans le boni de liquidation.

Tout autre est la situation, lorsque la dissolution ou la fusion se produit au cours de l'existence sociale : dans cette hypothèse, la juridiction saisie devrait d'abord, selon nous, déterminer le boni de liquidation et voir s'il convient de retenir la responsabilité contractuelle avec ou sans dol. Dans un cas comme dans l'autre, on doit faire table rase du contrat de fusion. C'est là le critérium qui différencie le droit aux dommages et intérêts du droit au boni de liquidation, et fixer le montant des dommages et intérêts en partant des articles 1151 et 1150 du Code civil. Mais en fait, il sera bien difficile de rejeter le dol, puisque celui-ci peut exister même en l'absence de manœuvres, « d'*animus nocendi* », il suffit qu'il y ait recherche d'un avantage personnel non prévu au contrat. Il est impossible de traduire la formule qui s'imposera aux juges du fait pour fixer le montant des dommages et intérêts, mais néanmoins nous conseillons, si le dol est retenu, de déterminer ce que les porteurs de parts auraient touché si la dissolution s'était faite « valeur d'exploitation » (moyenne arithmétique entre la valeur de rendement et la valeur de taxation, expressions bien définies dans le langage financier).

Notre conception de l'essence des droits que possèdent les parts de fondateur, permet de résoudre toutes les difficultés qui pourront se présenter au cours de

l'existence sociale (augmentation de capital, réduction de capital, partage, prorogation de la société).

Nous espérons que ce travail aura pour conséquence d'établir sur « les droits génériques et usuels » des porteurs de parts de fondateur « l'unanimité doctrinale et jurisprudentielle qui n'a jamais existé jusqu'alors. »

BIBLIOGRAPHIE

I. — REVUES

Journal des Sociétés (revue mensuelle). — *Dalloz hebdomadaire*. — *Gazette du Palais*. — *Journal de l'Enregistrement*. — *Répertoire périodique de l'Enregistrement*. — *Revue de l'Enregistrement*. — *Semaine Juridique*.

II. — OUVRAGES

THALLER ET PIC. — *Traité des Sociétés*.

RAULT. — *Traité des parts de fondateur*.

COPPER-ROYER. — *Le régime des parts bénéficiaires*.

COPPER-ROYER. — *Traités des sociétés anonymes*.

PERCEROU. — *Des fondateurs de sociétés anonymes*.

HOUPIN ET BOSVIEUX. — *Traité des Sociétés et Associations* (6^e Edition).

LYON-CAEN-RENAULT-AMIAUD. — *Traité de droit commercial* (5^e Edition).

COLIN ET CAPITANT. — *Précis de droit civil*.

PLANIOL ET RIPERT. — *Traité de droit civil*.

ARTHUYS. — *Traité des sociétés commerciales*.

DEMOGUE. — *Code civil annoté*.

DEMOGUE. — *Traité des Obligations*.

WAHL. — *Les parts de fondateur*.

WAHL. — *Précis de droit commercial*.

GODIN. — *Des titres attribués aux fondateurs*.

ROUAST. — *Les Obligations dont la source n'est ni le contrat, ni le délit* (Cours de droit civil approfondi : Doctorat).

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
--------------------	---

CHAPITRE I

Actif social, capital social, boni de liquidation

Définitions	9
Critique de la première opinion touchant le boni de liquidation	13
Critique de la deuxième opinion touchant le boni de liquidation	19

CHAPITRE II

Le compte de pertes et profits annuels et les réserves comptabilisées

Généralités	22
<i>Principe I.</i> — Le bénéfice net ou son affectation est la propriété des actionnaires partout où les statuts n'ont rien prévu en faveur des porteurs de parts	33
<i>Principe II.</i> — Les réserves comptabilisées au bilan ne sont la propriété des porteurs de parts qu'autant qu'elles ont été constituées sur la part des bénéfices leur revenant	34
<i>Principe III.</i> — Réserves constituées sur « la masse » à répartir entre les actions et les parts	35
<i>Principe IV.</i> — Le droit des parts à une fraction du boni de liquidation est indépendant de leurs droits dans les réserves comptabilisées	40

CHAPITRE III

La fusion des Sociétés. — L'action en dommages et intérêts et le droit au boni de liquidation des porteurs de parts de fondateur. — Recherche du critérium permettant de distinguer le droit aux dommages et intérêts et le droit à une part du boni de liquidation	45
1 ^{re} hypothèse. — Dissolution suivie de fusion en cours de l'existence sociale mais en l'absence de tout « animus nocendi »	54
2 ^e hypothèse. — Dissolution suivie de fusion en cours de l'existence sociale mais avec « animus nocendi »	55
3 ^e et 4 ^e hypothèses. — Du boni de liquidation en cas de fusion. — Analyse et commentaires de la jurisprudence fiscale	64

CHAPITRE IV

De l'examen des réserves comptabilisées au moment de la fusion

Généralités et questions soulevées	77
Notre réponse à la première question	78
Notre réponse à la deuxième question	86
Notre réponse à la troisième question	86
Le lien contractuel et l'action « in rem verso »	87
Formules donnant le boni de liquidation en cas de fusion.	94

CHAPITRE V

Examen de quelques cas d'espèces

a) Augmentation du capital	98
b) Réduction du capital	99
c) Partage anticipé de l'actif social	102
d) Droits des porteurs de parts en cas d'une prorogation de la durée sociale	104
Conclusion	105
Bibliographie	110

Vu :

Le Président de la thèse,

PERCEROU.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

RIPERT.

Vu et permis d'imprimer.

*Pour le Recteur de l'Académie
de Paris :*

l'Inspecteur de l'Académie.

ILLISIBLE.

